

Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht

Walter Eduard Beck
München
1973

Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Walter Eduard Beck
aus München

München : 1973



Erstgutacher : Professor Dr.jur. Karl Larenz

Zweitgutachter:

Tag der mündlichen Prüfung:

Inhaltsverzeichnis

Seite:

A. Einleitung und Gang der Darstellung	1
I. Die Verwendung durch den Gesetzgeber	1
II. Die Bildung von fünf Schwerpunkten	2
III. Der Gang der Darstellung	3
B. Die Unentgeltlichkeit im Recht der Schuldverträge	5
§ 1 Die Arten unentgeltlicher Geschäfte	7
I. Können alle Geschäfte unentgeltlich sein?	7
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	7
2. Die Haltung des Gesetzgebers	9
3. Die Entwicklung seit 1900	9
4. Kritik und eigene Meinung	11
a) Die Beurteilung nach dem Sprachgebrauch	11
b) Der Verzicht auf Einreden	11
c) Die Unterlassung der Anfechtung	13
d) Die Schlechtführung eines Prozesses	13
e) Die Beschränkung auf Rechtsgeschäfte	14
II. Rechtsgeschäfte von Todes wegen	14
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	14
2. Die Haltung des Gesetzgebers	14
3. Die Entwicklung seit 1900	15
4. Kritik und eigene Meinung	16
III. Gibt es einseitige unentgeltliche Rechtsgeschäfte?	16
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	16
2. Die Haltung des Gesetzgebers	17
3. Die Entwicklung seit 1900	17
4. Kritik und eigene Meinung	17
a) Kündigung und Anfechtung	17
b) Die Auslobung	17

IV. Der Bereich der zwei- und mehrseitigen Rechtsgeschäfte	20
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	20
2. Die Haltung des Gesetzgebers	21
3. Die Entwicklung seit 1900	21
4. Kritik und eigene Meinung	22
a) Die Einordnung der Gesellschaft	22
b) Ähnliche Rechtsgeschäfte	24
5. Familienrechtliche Rechtsgeschäfte	25
6. Erbrechtliche Verträge	26
7. Entgeltlich und unentgeltlich sind nur Schuldverträge	26
V. Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte	27
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	27
2. Die Haltung des Gesetzgebers	27
3. Die Entwicklung seit 1900	28
a) Die Behandlung der Erfüllung	28
b) Die Einordnung der Sicherheitsleistung	30
4. Kritik und eigene Meinung	33
a) Die Erfüllung	34
b) Die Sicherheitsleistung	36
aa) Die Sicherheitsleistung in Verbindung mit einem Grundgeschäft	36
bb) Die nachfolgende Sicherheitsleistung	37
cc) Sicherheitsleistung durch einen Dritten	38
dd) Das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten	38
ee) Die Sicherheitsleistung als Schenkung	39
c) Die Treuhandgeschäfte	40
aa) Die eigennützige Sicherungstreuhand	40
bb) Die Verwaltungstreuhand	40
VI. Die unentgeltliche Verfügung	41
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	41
2. Die Haltung des Gesetzgebers	43
3. Die Entwicklung seit 1900	43

	Seite:
VII. Die unentgeltliche Zuwendung	44
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	44
2. Die Haltung des Gesetzgebers	45
3. Die Entwicklung seit 1900	45
a) Die Auffassung von A.v. Tuhr und Liebisch	46
b) Die Beschränkung auf unentgeltliche Zuwendungen	47
4. Kritik und eigene Meinung	48
a) Das Gesetz kennt keine entgeltlichen Zuwendungen	48
b) Der innere Ausgangspunkt der h.L.	48
§ 2 Die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung	49
I. Die Ansichten im Gemeinen Recht	50
1. Die Beschränkung auf den gegenseitigen Vertrag	50
2. Das Merkmal der Freiwilligkeit	52
3. Die Beschränkung auf wirtschaftliche Verknüpfung	52
4. Die Einordnung der Auflage	52
II. Die Haltung des Gesetzgebers	53
1. Die nachträgliche Vergütung	53
2. Die Auflage	54
III. Die BGB-Literatur	54
1. Die Beschränkung auf gegenseitige Verträge	54
2. Die Erweiterung auf bedingte Verträge	55
3. Voraussetzung und Zweckbeziehung als ausreichendes Band	56
4. Die Ausdehnung auf causale Geschäfte	56
5. Die nachträgliche Vergütung	57
6. Die Einordnung der Auflage	59
IV. Kritik und eigene Meinung	61
1. Keine Beschränkung auf gegenseitige Verträge	61

a) Die irrige Betonung der Verpflichtung als Wesensmerkmal	61
b) Der Irrtum von Hoeniger und Haymann	62
2. Die wirtschaftliche Abhängigkeit	62
3. Die nachträgliche Vergütung	64
4. Die Beurteilung sittlicher Pflichten	68
a) Unklagbare Verbindlichkeiten	68
b) Die Erfüllung von "Naturalobligationen als Erfüllung einer sittlichen Pflicht	70
c) Die Erfüllung sittlicher Pflichten als entgeltliches Geschäft?	73
d) Die Einstufung nach verschieden gewichtigen sittlichen Pflichten?	76
e) Die rechtliche Einordnung anhand der Gegenleistung	78
f) Die Behandlung solcher Erfüllungsge- schäfte durch das RG	79
g) Die Einordnung der Aussteuer	79
h) Entscheidendes Merkmal: Die Bindung an die Verpflichtung	81
i) Die Anerkennung einer eigenen "causa"	83
5. Die Auflage	84
a) Die Abgrenzung zur gemischten Schenkung	84
b) Die Haltung von Oertmann und Haymann	85
c) Der Wegfall der Bereicherung	87
d) Die Auflage als gemischte Schenkung	88
e) Die Auflage als allgemeines Rechts- institut	90
f) Die Beschränkung der Auflage auf die Leistung von Nutzungen	91
g) Auflage und Verwaltungsanordnungen	93
§ 3 Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung	96
I. Die Auffassungen des 19. Jahrhunderts	96
1. Savigny und die h.M.	96
2. Sintenis und Jhering	96
II. Die BGB-Literatur	97
1. Die "Gegenleistungstheorie"	98

2. Die Ansicht der Rechtsprechung	99
3. Die Haltung der h.L.	100
III. Kritik an der Gegenleistungstheorie	100
1. Die Schwierigkeit bei Abgrenzung der gemischten Schenkung	100
2. Das Verhältnis zu § 138 BGB	101
3. Die Abgrenzung zu entgeltlichen Geschäften	102
4. Die Entscheidung für die Äquivalenztheorie	103
§ 4 Die Einigung und die Bereicherungsabsicht	104
I. Die Notwendigkeit der Einigkeit	104
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	104
2. Die Haltung von Gesetzgeber und der neueren Literatur	105
II. Die Rechtsnatur der Einigung	105
1. Die Ablehnung der Vertragsnatur durch Haymann	105
2. Die Einigung als schuldrechtlicher Vertrag	106
III. Die Bereicherungsabsicht	109
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	109
2. Die Haltung des Gesetzgebers	110
3. Die Entwicklung seit 1900	110
4. Kritik und eigene Meinung	111
§ 5 Abgrenzungsfragen	112
I. Das Verhältnis von Schenkung und Leihe	112
1. Der Meinungsstand im 19. Jahrhundert	112
2. Die Haltung des Gesetzgebers	112
3. Die Entwicklung seit 1900	113
4. Kritik und eigene Meinung	114
a) Der Verzicht auf Vermögenserwerb	114
b) Unentgeltliche Dienstleistungen	117

II. Das Verhältnis Auftrag - Dienstvertrag	118
Zusammenfassung der in B gewonnenen Ergebnisse	121
C. Die Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht und bei § 988	122
I. Das Bereicherungsrecht, vor allem § 816	122
1. Die Haltung des Gesetzgebers	122
2. Der Stand der Lehre	124
3. Die Ausdehnung des Verfügungsbegriffes auf die Leihe	124
4. Die Zuwendung	126
5. Rechtsgrundlose Verfügungen	127
a) Die Einheitskondiktionstheorie	127
b) Die Doppelkondiktionstheorie	131
c) Der Versuch von Boehmer	132
d) Kritik und eigene Meinung	132
e) Die Schutzwürdigkeit, falls der Erwerber noch nichts gezahlt hat	134
f) Die Einordnung im Falle der §§ 814, 815, 817 S.2	135
II. § 822	
1. Die ähnliche Rechtslage	137
2. Das Vermächtnis als unentgeltliche Zuwendung?	137
III. § 988	138
1. Die Haltung des Gesetzgebers	138
2. Die Auffassung der Rechtsprechung und ihre Kritik	139
a) Rechtsgrundlose Geschäfte als dritte Gruppe	140
b) Die rechtliche Unentgeltlichkeit	140
c) Die ausgleichende Zuwendung	141
d) Die frühere Haltung der Rechtsprechung	141
e) Die Heranziehung des Bereicherungsrechts durch die Rechtsprechung	143

D. Die Unentgeltlichkeit im Familienrecht	145
I. Die Auffassungen im 19. Jahrhundert	145
II. Die Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren	146
III. Die Erweiterung der Schenkung auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung	147
1. Der Stand der Lehre	147
2. Kritik und eigene Meinung	148
IV. Der Verzicht auf die Einigung	149
1. Die Betonung des Schutzgedankens	149
2. Der Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung	150
3. Ein Verzicht auf die Einigung ist nicht möglich	151
E. Die Unentgeltlichkeit im Erbrecht	152
I. Die Ansichten der Lehre im Gemeinen Recht	152
1. Die Einwirkung des römischen Rechts	152
2. Die Regelung im Preußischen Recht	152
II. Das Gesetzgebungsverfahren	153
1. Die Haltung bei § 2113 Abs. 2	153
2. Die Haltung bei § 2205 S. 2	153
3. Die sonstigen Regelungen	154
III. Rechtsprechung und Lehre heute	155
1. Die Lehre zu Beginn des Jahrhunderts	155
2. Die Wegweisung durch das Reichsgericht	155
3. Widerspruch gegen die Rechtsprechung	156
IV. Kritik und eigene Meinung	157
1. Die Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht?	158
2. Die Gleichstellung mit dem Nießbraucher	160
3. Der Widerspruch zum Gesetz	161
4. Die Haltung der Rechtsprechung als Rechts- prinzip?	164
5. Die Anwendung der Vertretungsregeln	167

V. Der Begriff der Zuwendung im Erbrecht	171
1. Die Haltung der Lehre	171
2. Kritik und eigene Meinung	172
3. Der Gedanke des § 2050 Abs.3	
F. Zusammenfassung	176
I. Der Begriff der Unentgeltlichkeit	176
II. Zuwendung - Verfügung - Leistung	177
1. Die unentgeltliche Zuwendung	177
2. Die unentgeltliche Verfügung	177
3. Die unentgeltliche Leistung	177
III. Schlußbemerkung	178

Literaturverzeichnis

- Achilles-Greif Bürgerliches Gesetzbuch, 21.Aufl.
Berlin 1958 mit Nachtrag 1963
- Arndts, L.R. von Arensberg Lehrbuch der Pandekten, 14.Aufl.,
bearbeitet von Pfaff und Hofmann,
Stuttgart 1889
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts, 4. und
6.Aufl. München 1968/70. Die 6.Aufl.
nur zitiert, soweit sachliche Abwei-
chungen von der 4.Aufl. vorliegen.
- Beitzke, Günther Familienrecht, 13.Aufl. München 1966
- Biermann, Johannes Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
und seinen Nebengesetzen, Berlin 1914
- Blomeyer, Arwed Studien zur Bedingungslehre 1.Teil:
über bedingte Verpflichtungsgeschäfte.
Berlin 1938
- Allgemeines Schuldrecht, 4.Aufl.
Berlin 1969
- Bekker, Ernst Immanuel System des heutigen Pandektenrechts,
Weimar, 2 Bücher 1886-1889
- Zur Lehre von den Legisaktionen,
Weimar 1904
- Böhle-Stamschräder Konkursordnung, 10.Aufl. München 1971
- Boehmer, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechts-
ordnung, 3 Bände, Tübingen 1950-1952
- Brinz, Alois Lehrbuch der Pandekten, 1.u.2.Abtei-
lung, Erlangen 1857-1860
- Brox, Hans Erbrecht, Köln 1966
- Burckhard, Hugo Zum Begriff der Schenkung, Erlangen
1899
- Burkhard, Herrmann Die Anerkennung formungültiger
letztwilliger Verfügungen - Zugleich
ein Beitrag zur Rechtsnatur der
Erfüllung sittlicher Pflichten,
München 1969

- Cosack, Konrad Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners, Stuttgart 1884
- Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1.Band, Jena 1910
- Crome, Carl System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1.Band, Tübingen 1900
- van den Daele, Wolfgang Probleme des gegenseitigen Vertrages, Hamburg 1968
- Dernburg, Heinrich Pandekten 1.-3.Band, Berlin 1903
- Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 2.Band Die Schuldverhältnisse, Halle 1901
- Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, Halle 1902
- Dimopoulos-Vosikis Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987-1003 BGB, Köln 1966
- Dölle, Hans Familienrecht Band I und II, Karlsruhe 1964/65
- Endemann, Friedrich Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1.-3.Band, Berlin 1899-1900
- Enneccerus-Lehmann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Recht der Schuldverhältnisse, 14.Aufl., Tübingen 1954
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., Tübingen 1959/60
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.Aufl., Münster 1967
- Esser, Josef Schuldrecht, 2 Bände 4.Aufl., Karlsruhe 1970
- Esswein, Arnold Unvollkommene Verbindlichkeiten, Heidelberg 1930
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 2.Aufl., Berlin 1969

Fischer-Henle	Bürgerliches Gesetzbuch.9.Aufl. und 13.Aufl., München 1912 und 1927
Fitting, Hermann	Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren, 3.Aufl. Berlin 1904
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band 2, Berlin 1965
Förster-Eccius	Preußisches Privatrecht, 7.Aufl. Berlin 1896
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1.Band: Allgemeiner Teil, 5.Aufl.,München 1966
Gärtner, Paul	Die unentgeltlichen Geschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Leipzig 1913
Gerhard, Walter	Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969
Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, München 1964
v.Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, 3.Band, München 1917
Glaser, Paul	Die Begriffe Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht, Breslau 1924
Harms, Wolfgang	Der Begriff der Unentgeltlichkeit im Schenkungsrecht, Göttingen 1957
Haymann, Franz	Schenkung unter einer Auflage, Berlin 1905 Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und unentgeltlichem Geschäft, Jena 1909
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
Heitz, Karl	Die unvollkommene Obligation im Schweizer Recht, Bern 1940
Helbig, Paul	Der Begriff der Verfügung, Bochum 1935
Herzog, Hermann	Zum Begriff der guten Sitten im BGB, Breslau 1910
Hölder, Eduard	Pandekten - Allgemeine Lehren -,Freiburg 1891

- Hoeniger, Hans Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim 1910
Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, Freiburg 1906
- Höring, Juliane Die Unentgeltlichkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch mit Ausblicken auf das Steuerrecht, Tübingen 1955
- Hübner, Rudolf Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5.Aufl., Leipzig 1930
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, Berlin 1963 7.Aufl.
- Hueck-Riezler-Molitor Der Arbeitsvertrag, Mannheim 1925
- Hultsch, Walter Die Herausgabepflicht des unentgeltlichen Erwerbers nach § 822, Leipzig 1915
- Jaeger-Lent Konkursordnung, 8.Aufl., München 1958
- v.Jhering, Rudolf Der Zweck im Recht, 4.Aufl., Leipzig 1905
- Jörs-Kunkel-Wenger Römisches Privatrecht, 3.Aufl., Berlin 1949
- Karpus, Daniel Die Unentgeltlichkeit im Bürgerlichen Recht, insbesondere bei der ungerechtfertigten Bereicherung, Köln 1936
- Kaser, Max Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966
- Kaskel-Dersch Arbeitsrecht, 5.Aufl., Berlin 1957
- Kipp, Theodor Kommentar zum EStG, Berlin 1927
- Klingmüller, Fritz Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, Berlin 1905
- Kohler, Josef Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, Berlin 1906
Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1900
- Krahmer, Horst Gegenseitige Verträge, Halle 1904
- Krause, Erich Die Haftung des Besitzers nach den §§ 987-993, Berlin 1965
- Krawielicki, Robert Grundlagen des Bereicherungsanspruches, Breslau 1936

- Kretschmar, Ferdinand Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1906
- Küttner, Hans-Otto Die Beschränkung und Entziehung der Verfügungsmacht im Bürgerlichen Gesetzbuch, Breslau 1936
- Lammfromm, Hans Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag, Leipzig 1897
- Landsberg, Ernst Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1904
- Larenz, Karl Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3.Aufl., München 1963
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl., Heidelberg 1969
- Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967
- Lehrbuch des Schuldrechts 2 Bände 10.Aufl., München 1970/72
- Leenen, Detlef Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971
- Lehmann/Henrich Deutsches Familienrecht, 4.Aufl., Berlin 1967
- Leonhard, Franz Allgemeines Schuldrecht, München 1929
- Besonderes Schuldrecht, München 1931
- Erbrecht, 2.Aufl., München 1912
- Lent-Jauernig Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 11.Aufl., München 1969
- Liebisch, Arnold Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerecht, Leipzig 1927
- Loewenwärter, Viktor Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4 Band - Sachenrecht, Berlin 1925
- Lomnitz Albert Unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers im Grundbuchverkehr, Liegnitz 1910
- Mallinckrodt, Gustav Emil Über Unentgeltlichkeit, Leipzig 1905

- Mayer-Maly Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbe-
griff, Berlin 1965
- v.Meyerfeld, Franz Die Lehre von den Schenkungen nach rö-
mischem Recht, 1.Bd., Würzburg 1835
- Menzel, Adolf Das Anfechtungsrecht der Gläubiger
nach österreichischem Recht, Wien 1886
- Mentzel-Kuhn Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl.,
Berlin 1962
- Nikisch, Arthur Arbeitsrecht 1. Band, 3. Aufl., Tübingen
1961
- Oertmann, Paul Entgeltliche Geschäfte, München 1912

Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927;
Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl.,
Berlin 1910
- Opet-Blume Das Familienrecht des bürgerlichen Ge-
setzbuches, Berlin 1906
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Aufl.,
Berlin 1972
- Planck, Gustav Plancks Kommentar zum BGB, 1. und 2.
Aufl., Berlin 1903-1908; 4. Aufl.
1913-1930
- Prag, Werner Die Erfüllung sittlicher Pflichten
und Anstandsrücksichten in ihrer recht-
lichen Bedeutung, insbesondere im Falle
der nachträglichen Belohnung vollzogener
Leistungen, Leipzig 1935
- Puchta, Georg Friedrich Cursus der Institutionen, 3 Bände,
Leipzig 1971/72

System des gemeinen Civilrechts,
München 1832
- Kommentar der zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl.,
Reichsgerichtsräte 1959/60
- Riesenfeld, Friedrich Unentgeltliche Verfügungen des Testa-
mentsvollstreckers im Grundbuchver-
kehr. Ein Beitrag zu § 2205 Satz 3 BGB,
Berlin 1912

- Rothoeft, Dietrich System der Irrtumslehre als Methoden-
frage der Rechtsvergleichung, Tübingen
1968
- Rueff, Leo Die Verfügungsmacht des Vorerben,
Leipzig 1912
- v.Savigny, Friedrich Carl System des heutigen Römischen Rechts,
8 Bände, Berlin 1840-1849
- Das Obligationenrecht als Theil des heu-
tigen Römischen Rechts, 2 Bände,
Berlin 1851/53
- Das Recht des Besitzes, 2.Aufl., Gießen
1806
- Rosenthal-Bohnenberg Bürgerliches Gesetzbuch, Köln 1965
- Schmidt, Arthur Familienrecht, München 1907
- Schmidt, Rudolf Das Familienrecht, 2.Aufl., Berlin 1957
- Regelsberger, Ferdinand Pandekten 1.Band, Leipzig 1893
- Schnorr v.Carolsfeld Arbeitsrecht, Göttingen 1954
- Schönemann, Oscar Die Paukinische Klage wegen Veräuße-
rungen zahlungsunfähiger Schuldner zum
Nachtheile der Gläubiger, Gera 1873
- Schöninger, Adolf Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen
Rechts, Tübingen 1906
- Siber, Heinrich Der Rechtszwang im Schuldverhältnis
nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1925
- "Naturalis obligatio" in Gedenkschrift
für Ludwig Mitteis, Leipzig 1926
- Simson, Hans Der Begriff des Entgelts, Halle 1909
- Sintenis, Carl Friedrich Das praktische gemeine Zivilrecht,
2.Aufl., 3 Bände, Tübingen 1860/61
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, 10.Aufl.
Stuttgart 1967/1970
- Sohm, Rudolf Institutionen des Römischen Rechts,
4.Aufl., Leipzig 1889
- Stammler, Rudolf Das Recht der Schuldverhältnisse in sei-
nen allgemeinen Lehren, Berlin 1897

Stampe, Ernst	Grundriß der Wertbewegungslehre, Tübingen 1912
	Das Causaproblem des Zivilrechts, Greifswald 1904
Staudinger	Kommentar zum BGB, 11.Aufl. 1959
Strutz, Georg	Kommentar zum Einkommenssteuergesetz, Berlin 1929
Titze, Heinrich	Das Recht der Schuldverhältnisse, 4.Aufl., Berlin 1932
Thibaut, Anton Friedr.	System des Pandekten-Rechts, 7.Ausgabe Jena 1828
von der Treck, Siegfried	Die naturalis obligatio im BGB, Königsberg 1905
Türck-Niederführ-Winter	Das Bürgerliche Recht, Leipzig 1903
v.Tuhr, Andreas	Der Allgemeine des Deutschen Bürger- lichen Rechts, 3 Bände. Berlin 1910-18
v.Vangerow, Karl Adolf	Lehrbuch der Pandekten, 7.Aufl., Marburg 1867-75
Valentin, Richard	Das Prinzip des Gutglaubensschutzes und seine Abwandlungen, München 1968
v.Wächter, Carl Georg	Pandekten 2 Bände, Leipzig 1880/81
Wendt, Otto	Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888
Winscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 5.Aufl. 2 Bände, Stuttgart 1879
Winscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl. 3 Bände, Frankfurt 1906
Westermann, Harry	Sachenrecht, 5.Aufl., Karlsruhe 1966
v.Wilmowsky, Gustav	Deutsche Reichskonkursordnung, 6.Aufl., bearbeitet von K.und A.Kurlbaum, Berlin 1906
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10.Aufl., Tübingen 1957
Zill, Gerhard	Unentgeltliche Verfügungen im Sinne von § 816 Abs.1 Satz 2, Berlin 1936

- Hahn: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung
Berlin 1881
- Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches
(Mot.)
- Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs
eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Prot.)
- Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf
eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1890

Die Abkürzungen folgen der 2. Auflage des "Abkürzungsver-
zeichnisses der Rechtssprache" von Kirchner, Berlin 1968

Im Literaturverzeichnis aufgenommene Werke werden im allge-
meinen nur nach dem Stichwort zitiert; die Kommentare durch-
weg nach dem Namen des Kommentators und des Verfassers.

A. Einleitung und Gang der Darstellung

i. Die Verwendung durch den Gesetzgeber

Das BGB spricht sehr häufig von unentgeltlichen Geschäften. Abgesehen vom "Allgemeinen Teil" findet man sie in allen Büchern.

Im Schuldrecht wird am ausführlichsten geregelt die Schenkung. Aber auch Leihe (§ 598), Auftrag (§ 662) und Verwahrung (§ 690) sind als besondere unentgeltliche Geschäfte ins BGB aufgenommen. Das Bereicherungsrecht räumt § 816 Abs.1 S.2 ausnahmsweise dem Berechtigten einen Durchgriff auf den gutgläubigen Erwerber ein, falls dieser unentgeltlich erworben hat. § 822 gibt dem früheren Eigentümer einen Herausgabeanspruch, falls der Empfänger die Bereicherung unentgeltlich einem Dritten weitergegeben hat. In das Sachenrecht hat die Unentgeltlichkeit nur einmal Eingang gefunden. § 988 gibt dem Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen, die ein Besitzer gezogen hat, der den Besitz unentgeltlich erlangt.

Im Familienrecht werden die unentgeltlichen Geschäfte sehr häufig erwähnt. Dabei gibt es verschiedene Fallgruppen: Einmal ist es dem Ehepartner (§ 1425), den Eltern (§ 1641), dem Vormund (§ 1804) bzw. dem Pfleger (§§ 1804 i.V.m. 1915) verboten, Schenkungen aus dem ihrer Verwaltung unterliegenden Vermögen vorzunehmen. Zum anderen werden unentgeltliche Zuwendungen, die ein Dritter einem Ehepartner (§ 1418 Abs.2 Nr.2), einem Kind (§ 1639) oder einem Mündel (§ 1803) macht, aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht des anderen Ehepartners, der Eltern oder des Vormundes ausgenommen, falls der Dritte dies bei der Zuwendung so bestimmt. In den §§ 1375 Abs.2 Nr.1 und 1390 geht es um den Ausgleich von unentgeltlichen Zuwendungen, falls die Ehe geschieden wird. § 1301 bestimmt die Rückgabe von Schenkungen, falls ein Verlöbnis scheitert, § 1375 Abs.2 Nr.1 normiert für den Fall des Zugewinnausgleichs eine Verrechnung der unentgeltlichen Zuwendungen, durch die ein Ehegatte sein Vermögen vermindert hat; und § 1390 Abs.1 gibt dem ausgleichsberechtigten Ehegatten dann einen Zugriff auf den Dritten, der unentgeltlich empfangen hat,

falls das Vermögen des ausgleichspflichtigen nicht ausreicht.

§ 1615e schließlich erklärt einen unentgeltlichen Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft durch ein nichteheliches Kind für nichtig.

Im Erbrecht sind es die "berühmten" §§ 2113 Abs.2 und 2205 Satz 3, die besondere Aufmerksamkeit erfordern, werden. Dort erklärt das Gesetz unentgeltliche Verfügungen des Vorerben bzw. des Testamentsvollstreckers für unwirksam. Die §§ 2207 und 2301 beschränken die Wirksamkeit von Schenkungsversprechen. Die §§ 2325, 2327 regeln den Ausgleich, falls der Erblasser den Pflichtteil durch Schenkungen verringert hat. Ähnlich wie die §§ 822 und 1390 Abs.1 geben die §§ 2287 Abs.1 und 2329 dem Vertragserben, bzw. dem Pflichtteilsberechtigten einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten, falls ihr Erbe bzw. Pflichtteil durch das Geschenk verkürzt ist. § 2375 schließlich räumt dem Erbschaftskäufer einen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer ein, soweit dieser Erbschaftsgegenstände unentgeltlich veräußert oder belastet hat.

Freilich findet sich der Ausdruck "unentgeltlich" nicht immer explicit in den angeführten Normen. Wo das nicht geschehen ist, dort spricht das Gesetz von "Schenkung", und damit über § 516 auch von "unentgeltlich".

Eine große wirtschaftliche Rolle schließlich spielt die Anfechtbarkeit unentgeltlicher Verfügungen im Konkursrecht (§ 32 Nr.1) und im Anfechtungsgesetz (§ 3 Nr.3).

II. Die Bildung von fünf Schwerpunkten

Allein diese vielfältige Verwendung und die jedenfalls teilweise gegebene große wirtschaftliche Bedeutung der Entscheidung, ob ein unentgeltliches Geschäft vorliegt oder nicht, zeigen die Notwendigkeit einer klaren und brauchbaren Vorstellung von diesem Begriff. Entscheidend ist dabei immer die Abgrenzung der Unentgeltlichkeit zur Entgeltlichkeit, denn daran entzündeten sich die meisten Fragen.

Der zu Beginn des Jahrhunderts vorhandene Optimismus, der dazu verleitete, die Unentgeltlichkeit überall gleich zu definieren¹⁾, wich bald einer differenzierenden Betrachtungsweise, die je nach Regelungszusammenhang verschiedene Anforderungen an die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit stellte. Diese Entwicklung hat heute zu folgenden fünf Schwerpunkten geführt, bei denen die Unentgeltlichkeit jeweils anders verstanden wird:

1. Das Recht der Schuldverträge, u.a. mit Schenkung, Leihe und Auftrag.
2. Im Bereicherungsrecht die §§ 816 Abs.1 S.2 und 822, sowie im Sachenrecht § 988, der nach h.L. eine ganz ähnliche Problematik birgt, wie § 816.
3. Im Familienrecht gibt es Ansatzpunkte für ein eigenes Verständnis.
4. Im Erbrecht die §§ 2113 und 2205.
5. Letztlich wird im Konkurs- und Anfechtungsrecht ein ganz eigenes Verständnis der Unentgeltlichkeit vertreten.

III. Der Gang der Darstellung

Die Arbeit knüpft zunächst an diese Gesichtspunkte an. Sie untersucht anhand dieser fünf Themenkreise (B - F), wie Lehre und Rechtsprechung jeweils versuchen, die Unentgeltlichkeit in den Griff zu bekommen, um über die Kritik zu einer eigenen Auffassung zu kommen. Dabei kommt es insbesondere auf folgende Fragen an:

1) Das gilt für das BGB. Die Abhandlungen um die Jahrhundertwende erörtern die Unentgeltlichkeit bei § 516 und verweisen in späteren Stellen auf § 516, bzw. gehen nicht weiter auf den Begriff ein: Vgl. Cosack, Bürgerliches Recht (1910) S.624 (Auftrag) und S.707 (Bereicherung); Dernburg, Schuldverhältnisse (1901) S.600. Noch 1927 plädiert Liebisch für eine durchgehend gleiche Behandlung in: Unentgeltliche Zuwendungen, S.78. Vgl. im übrigen die folgenden Anmerkungen.

1. Welche Art von Geschäften werden als unentgeltlich bezeichnet? Alle Geschäfte? Nur Rechtsgeschäfte? auch einseitige Rechtsgeschäfte? Erwerbsgeschäfte? Verfügungen? Zuwendungen?
2. Welche Rolle spielt die rechtliche Verknüpfung bei Beantwortung der Frage, ob das Geschäft entgeltlich oder unentgeltlich ist?² Kann man anhand der (fehlenden) rechtlichen Verbindung von Leistung und Gegenleistung eine klare Entscheidung auf unsere Frage geben?
3. In welchem Verhältnis müssen Leistung und Gegenleistung stehen; hebt jede Leistung die Unentgeltlichkeit auf oder muß sie der Gegenleistung äquivalent sein?
4. Inwieweit sind Bereicherung und Bereicherungsabsicht notwendige Merkmale unentgeltlicher Rechtsgeschäfte
5. Ist, wie in § 516, durchweg eine Einigung über die Unentgeltlichkeit nötig oder kann sie fehlen?

B. Die Unentgeltlichkeit im Recht der Schuldverträge

Vorweg sei bemerkt, daß das 19. Jahrhundert der Unentgeltlichkeit keine sehr große Aufmerksamkeit widmete, man verwendete den Begriff zwar häufig, machte aber nur ganz selten Versuche, ihn zu definieren. Erst Jhering in seinem Buch "Der Zweck im Recht" untersucht ihn genauer¹⁾. Wächter widmete ihm immerhin schon ein paar Zeilen²⁾ - erheblich mehr als der Durchschnitt der Pandektisten. Zum Schluß des Jahrhunderts versuchte dann Burckhard eine Definition zu erarbeiten³⁾. Ein Herauskrystallisieren der Unentgeltlichkeit ist deshalb nicht ganz einfach.

Einen ersten Ansatzpunkt bietet die damals übliche Unterscheidung zwischen lukrativem und onerosem Erwerb. Dieser sei entgeltlich, jener unentgeltlich⁴⁾. Einen zusätzlichen Anhaltspunkt ergibt die stete Unterscheidung zwischen der "donatio im weiteren Sinn" und der "donatio im engeren Sinn"⁵⁾. Unter donatio i.w.S. verstanden die Pandektisten j e d e Liberalität. Stellvertretend für alle mag die Ansicht von Wächter stehen, der unter "donatio i.w.S." versteht "... jede Handlung, vermöge deren man Jedem, ohne dazu verbunden zu sein, also aus freier Gunst und ohne wahre Gegenleistung dafür zu bekommen, irgend einen Vermögensvorteil zuwendet. In diesem Sinne bezeichnet der Ausdruck nicht ein besonderes Rechtsgeschäft, sondern nur den allgemeinen Charakter der Liberalität"⁶⁾.

1) S.77 ff.

2) Pandekten II S.432.

3) Schenkung, S.126.

4) Regelsberger, Pandekten I § 148 Anm.6; Hölder, Pandekten S.283; Savigny IV §§ 140 - 143; Wächter, Pandekten I § 73; Bekker, Pandekten II § 102; Dernburg II S.216 Nr.3

5) Arndts Pandekten S.123; Savigny, System IV S.15; Bekker II S.151; Burckhard S.33 f.; Wächter II S.432

6) Pandekten II S.432; vgl. Burckhards historischen Überblick, S.77

Gerade diese letzte Formulierung weist darauf hin, daß diese "donatio i.w.S." gleichbedeutend mit unentgeltlich verwendet wurde. Den einzigen Unterschied könnte die Beschränkung der "donatio i.w.S." auf vermögenswerte Zuwendungen bedeutet haben. Diese Einschränkung wurde aber nirgendwo beachtet. Lediglich Burckhard ging auf diese Frage ein; er erweiterte die "donatio i.w.S." ausdrücklich auf die Zuwendung jedes Vorteils¹⁾.

Schließlich wurden die Fragen der Unentgeltlichkeit vor allem im Schenkungsrecht erörtert, auch wenn dabei der Begriff der Unentgeltlichkeit nicht weiter untersucht wurde.

Alle drei Ansatzpunkte werden verwendet, Unentgeltlichkeit, donatio i.w.S. und donatio i.e.S., um sich ein Bild davon zu machen, wie die Unentgeltlichkeit im 19. Jahrhundert verstanden wurde.

Während des Gesetzgebungsprozesses konnte man sich erst allmählich dazu durchringen, die Unentgeltlichkeit in das Gesetz aufzunehmen. Im E I fehlte sie fast völlig. Teilweise stand man ihr recht mißtrauisch gegenüber. Das kommt in der Bemerkung zum Ausdruck:

"Der Entwurf folgt der Mehrzahl der geltenden Rechte, vermeidet aber, wie durchweg, von unentgeltlichen Zuwendungen zu sprechen. Das Erfordernis der Unentgeltlichkeit läßt sich auch nicht absolut aufstellen. Sonst würde der Umgehung der Gesetze durch Bestimmung einer minimalen Gegenleistung der Weg zu sehr geebnet" 2).

Andererseits hielt man sie einfach für entbehrlich. So bei der Definition der Schenkung. Dort war man deshalb dieser Ansicht, weil eine "animo donandi" erfolgende Zuwendung verlangt wurde³⁾. Bei der Definition des Auftrags in § 585 E I fehlt die Unentgeltlichkeit. Man sah sie damals auch nicht für ein Wesensmerkmal an; § 586 E I sah demgemäß auch die Möglichkeit einer Vergütung vor. Erst § 593 E II führte die Unentgeltlichkeit beim Auftrag ein. Man hielt es

1) Schenkung, S.74

2) Mot. V S.704

3) Mot. II S.287

nun für entscheidend, daß der Auftrag "ohne Erwerbung eines Anspruches auf Vergütung erteilt und angenommen werde; ..." ¹⁾
Lediglich bei der Leihe griff man schon in § 549 E I auf die Unentgeltlichkeit zurück.

Erst die 2. Kommission legte die Scheu vor dem Begriff der Unentgeltlichkeit ab; das allerdings sehr gründlich. Sie war der Überzeugung, die Unentgeltlichkeit sei ein "eindeutig festgelegter Begriff, den man nicht näher erläutern müsse" ²⁾.

Nach Inkrafttreten des BGB beschäftigten sich neben einigen Dissertationen vor allem Haymann, Hoeniger, Oertmann und Liebisch mit Versuchen, die Unentgeltlichkeit fest zu umreißen.

§ 1 Die Arten unentgeltlicher Geschäfte

Entscheidender Ausgangspunkt für die Klärung der "Unentgeltlichkeit" ist die Frage, welche Geschäfte überhaupt unentgeltlich sein können.

I. Können alle Geschäfte unentgeltlich sein?

1. Im 19. Jahrhundert zeigen sich zwei verschiedene Richtungen. Teilweise verstand man die Unentgeltlichkeit so weit, daß darunter jeglicher Erwerb fiel, nicht nur der rechtsgeschäftliche. Meyerfeld wollte die "donatio i.w.S." auch dann bejahen, wenn ein Rechtserwerb zugunsten eines anderen unterlassen wurde. Dabei sollte es anscheinend nicht darauf ankommen, ob der andere davon Kenntnis hatte oder nicht ³⁾. Nach Savigny hieß jeder Erwerb, "welcher unentgeltlich, also ohne eigene Aufopferung geschieht", "lucrativa causa" ⁴⁾. Darunter fielen auch testamentarische oder gesetzliche Erb-

1) Prot. II S.526

2) Prot. II S.4

3) Die Lehre von den Schenkungen §§ 2 ff.

4) System IV S.11

folge¹⁾, letzteres sicher kein Rechtsgeschäft. Aber auch schlechte Prozeßführung, Nichtgeltendmachen einer Einrede konnte Schenkung i.e.S. sein; das Unterlassen der Unterbrechung einer Ersitzung immerhin noch Schenkung i.w.S.²⁾. Auch Bekker scheint in diese Richtung zu zielen: Unter der Überschrift "Schenkungen durch Realakte" sieht er in der Nichtunterbrechung der Verjährung, der Gewährung des Unterhalts Schenkungen³⁾. Immerhin führt er den Erwerb im Erbgang hier nicht auf. Seine Bemerkungen stehen jedoch in gewissem Widerspruch zu seiner sonstigen Haltung: Er bringt nämlich die Unterscheidung entgeltlich - unentgeltlich bei der Einteilung der Rechtsgeschäfte⁴⁾.

Der überwiegende Teil der Literatur bezog die Unentgeltlichkeit jedoch nur auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb. Mit der fortschreitenden Differenzierung gegen Ende des Jahrhunderts wurden die Rechtsgeschäfte häufig unterteilt in entgeltliche und unentgeltliche⁵⁾. Außer der Schenkung wurden als unentgeltlich nur Rechtsgeschäfte, wie z.B. Leihe, Darlehen (soweit zinslos), Aufbewahrung, Precarium und Auftrag bezeichnet. Besonders deutlich zeigte sich dies an der inzwischen herrschend gewordenen Auffassung, daß zur Schenkung (und auch zu den anderen unentgeltlichen Rechtsgeschäften) ein Vertrag erforderlich sei⁶⁾. Savigny noch hatte sich sehr intensiv gegen die Vertragsnatur der Schenkung ausge-

1) System IV S.19; als Schenkung i.e.S. kamen sie allerdings nicht in Betracht, da das Vermögen des Verstorbenen dadurch nicht vermindert worden sei.

2) System IV S.146

3) Pand.II S.182

4) Pand.II S.145 ff., insbes. bei Erörterung der "Zuwendungen".

5) Jhering, Der Zweck im Recht, S.77 ff.; Wächter I S.361; Arndts S.468; Winscheid I S.179, 316

6) Arndts S.123; Burckhard, Schenkung, S.122; Dernburg Pand.I S.216; Regelsberger S.613; Wächter II S.433; Winscheid II S.378

sprochen, konnte sich aber nicht durchsetzen¹⁾.

2. Im Gesetzgebungsverfahren wurde diese Frage nicht ausdrücklich behandelt. In den gesamten Materialien wurden allerdings niemals Nichtrechtsgeschäfte als unentgeltlich bezeichnet. Im Schuldrecht ist Voraussetzung aller unentgeltlichen Geschäfte ein Vertrag, also ein Rechtsgeschäft. Das kommt bei der Definition der Schenkung wörtlich zum Ausdruck. Schon im ersten Entwurf (E I) definierte man die Schenkung in Übereinstimmung mit der damals h.M. in § 437:

Als Schenkung gilt die an einen anderen erfolgende Zuwendung, durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und das des anderen bereichert wird, sofern sie in der Absicht dieser Bereicherung geschieht und der andere die Zuwendung als Geschenk annimmt.

Die Neuformulierung dieser Definition durch die 2.Kommission in ihrer heutigen Fassung wollte nichts sachlich Neues bringen, sondern nur die gemäßbilligte Formulierung ändern²⁾, die jetzt ausdrücklich die Einigung beider Teile über die Unentgeltlichkeit verlangt.

Bei den anderen unentgeltlichen Geschäften, die im Schuldrecht normiert wurden, hat man das Erfordernis der Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht wiederholt. Das heißt aber nicht, daß man darauf verzichten wollte. Man hat nur - verkürzt - den Meinungsstand der damals herrschenden Auffassung wiedergegeben, die ihrerseits die Unentgeltlichkeit bei diesen Geschäften nicht weiter erörterte, sondern dabei auf die Schenkung verwies, also auch die Einigung verlangte.³⁾

3. Vereinzelt wird auch im 20.Jhdt. der nichtrechtsgeschäftliche Erwerb als unentgeltlich bezeichnet.

1) System IV S.146

2) Prot.II S.2 und 4

3) Vgl. Sintenis S.562 (Mandat) und S.556 (Aufbewahrung); Vangerow II § 623 (Darlehen), § 629 (Leihe) und § 630 (Verwahrung); Wächter II § 197 (Darlehen), § 198 (Leihe) und § 199 (Verwahrung).

So weist ein Teil der Lehre den Erwerb im Erbgang dem unentgeltlichen Erwerb zu¹⁾. Oertmann beispielsweise bezeichnet die Erbeseinsetzung als "notwendig unentgeltlich", da es sich bei der Berufung des Erben nicht um Verschiebung zwischen zwei getrennten Vermögensmassen handle, sondern um das Aufgehen der einen in die andere¹⁾. Verschiedentlich wird allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, daß Erwerb durch Ergang weder entgeltlich noch unentgeltlich sein könne²⁾. Dernburg allerdings erweitert die Schenkung ausdrücklich auf "Nichtrechtsgeschäfte"³⁾. Seiner Ansicht nach könne es nur darauf ankommen, daß man einen anderen nicht leicht- hin aus seinem Vermögen unentgeltlich bereichere. "Ob dies durch Rechtsgeschäft oder thatsächlich geschieht, macht her- für keinen Unterschied. Nicht die Form, sondern die Thatsa- che der gewollten Zuwendung muß entscheiden". Auch Cosack macht Andeutungen in diese Richtung. Er unterscheidet zwi- schen unentgeltlichen Zuwendungen und unentgeltlichem Er- werb⁴⁾. Zuwendungen könnten nur kraft Rechtsgeschäftes vor- genommen werden, der unentgeltliche Erwerb dagegen komme auch auf nichtrechtsgeschäftliche Art und Weise zustande. In einem solchen Fall sei die Unentgeltlichkeit nur vom Standpunkt des Erwerbers aus zu beurteilen.

Die herrschende Auffassung beschränkt jedoch die Kategorien entgeltlich und unentgeltlich auf Rechtsgeschäfte⁵⁾. Stets werden die Rechtsgeschäfte unterteilt in entgeltliche oder unentgeltliche. Haymann z.B. engt von vornherein die Abgren-

1) A.v.Tuhr III S.143; Lehmann AT (14.Aufl.) S.145; Staudinger-Coing Einl. zu § 104 Anm.56; Oertmann, Ent- geltliche Geschäfte, S.108

2) Haymann, Schenkung, S.78; Simson, Der Begriff des Ent- gelts, S.54

3) Lehrbuch II 2 S.118

4) Lehrbuch I S.161

5) Crome I S.329; Krahmer S.70 ff.; Landsberger, BGB S.162; Hoeniger, Gemischte Verträge, S.198; Simson, Entgelt, S.59

zung der Unentgeltlichkeit auf die Gegenüberstellung zum gegenseitigen Vertrag ein. "Ist erst der Begriff der Gegenleistung im gegenseitigen Vertrag bestimmt, so ist damit auch das Merkmal des Entgelts klargestellt, dessen Fehlen die schenkweise Vermögenszuwendung kennzeichnen" ¹⁾. Auch soweit Erbeinsetzungen oder Vermächtnisse als unentgeltliche Geschäfte bezeichnet werden, hält man sich noch im Rahmen von Rechtsgeschäften ²⁾.

4. Untersucht werden soll zunächst die Argumentation derer, die auch "Nichtrechtsgeschäfte" als unentgeltlich bezeichnen. Von Bedeutung ist dabei die Aufnahme des Erwerbs im Erbgang, der Verzicht auf Einreden, die Unterlassung einer Anfechtung und die Schlechtführung eines Prozesses.

a) Überprüft man den Sprachgebrauch, so spricht manches dafür, den Erben als unentgeltlichen Erwerber anzusehen. Er erwirbt von Todes wegen, ohne für diesen Erwerb eine Gegenleistung zu erbringen. Die Erfüllung von Vermächtnissen oder Auflagen sind keine Gegenleistungen des Erben. Auf der anderen Seite kommt es nicht allzu selten vor, daß ein Erbe eine überschuldete Erbschaft in voller Kenntnis dieser Tatsache übernimmt, weil er sich verpflichtet fühlt, die Schulden des Erblassers zu begleichen. Hier noch von unentgeltlichem Erwerb zu sprechen, widerstrebt dem gesunden und vernünftigen Sprachgebrauch.

Das Gesetz hat sich auf diese Problematik nicht eingelassen. Es hat den Erwerb im Erbgang als besondere Erwerbsart bezeichnet, die neben den entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften steht. Das erweist sich durch alle Vorschriften des BGB hindurch. Das Erbrecht selbst spricht im Zusammen-

1) Schenkung unter Auflage, S.8

2) Diese Beschränkung auf "Rechtsgeschäfte" gilt auch für den Teil der Lehre, der unentgeltlich und rechtsgrundlos gleichsetzt (dazu unten); denn dabei handelt es sich doch immerhin - nach der Vorstellung der Parteien - um gewollte Rechtsgeschäfte.

hang mit dem Erwerb von Todes wegen nie von einem unentgeltlichen Erwerb. Einzige Ausnahme scheint § 2301 zu sein. Aber dort wird lediglich festgehalten, daß eine Umgehung des Erbrechts durch Schenkung unter Lebenden, die erst mit dem Tode des Schenkers wirksam werden, nicht zulässig ist. Sonst wird der Erwerb im Erbgang gesondert aufgeführt. So wird z.B. in den §§ 1374 Abs.2, 1418 Abs.2 Nr.2, 1432 Abs.1, 1455 Nr.1-4, 1638, 1639, 1803 Abs.1 und 1909 Abs.1 stets danach unterschieden, was von Todes wegen erworben wird oder was unter Lebenden unentgeltlich zugewendet wird. Schon Haymann betont, bei erbrechtlichen Geschäften könne von einer Leistung des Zuwendenden im Sinne einer Vermögensaufopferung nicht gesprochen werden. Vielmehr handle es sich um eine Vermögensverteilung für die Zeit, zu welcher der Erblasser es selbst nicht mehr genießen könne¹⁾. Die Notwendigkeit, auf eine besondere causa zurückzugreifen und zu überprüfen, ob dem Erwerb im Erbgang eine Gegenleistung gegenübersteht, erübrigt sich in jeder Weise. Der erbrechtliche Erwerb ist aus sich heraus verständlich und bedarf keiner weiteren Erklärung²⁾.

- b) Die Erfüllung eines Rechtsgeschäftes, dem die Einrede der Verjährung entgegensteht, ist nach ganz h.L. nie ein unentgeltliches Geschäft³⁾. Der Verzicht auf diese Einrede soll also nie unentgeltlich sein, auch nicht nach Ansicht derjenigen, die sonst den Verzicht für unentgeltlich halten. Dieses Ergebnis muß auch für den Verzicht auf die Einrede der Stundung gelten. Selbst wenn Schuldner vorzeitig zahlen, so leisten sie doch auf eine bereits bestehende Schuld, der wiederum ein entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft zugrunde liegen kann. Die Verabredung der Stundung, also eine Modalität der Vertragsabwicklung, bzw. der Verzicht auf diese Modalität ist als Randregelung des Grundver-

1) Schenkung, S.78

2) Larenz, AT S.331

3) Endemann, SchR I § 99 Anm.18; Esser, SchR II S.46; Larenz, SchR II S.127; Palandt-Putzo Vorb.4 vor § 241; vgl. im übrigen die Zitate bei § 2 IV 4a

trages dessen notwendiger Bestandteil und kann daher nicht einem Sonderrecht unterworfen werden.

- c) Die Unterlassung der Anfechtung läßt das "makelhafte" Rechtsgeschäft bestehen. Das kann ein wirtschaftlicher Vorteil für den Anfechtungsgegner sein, wenn nämlich das Geschäft in seiner gegenwärtigen Form für ihn günstig ist. Ist die Unterlassung aber deshalb unentgeltlich? Wenn man die Frage einmal umgekehrt stellt, müßte man zu dem Ergebnis kommen, die Anfechtung eines für den Anfechtenden ungünstigen Geschäftes für entgeltlich zu halten. Schon diese Konsequenz zeigt die Schwäche einer solchen Meinung. Die Anfechtung ist ja gerade der Rechtsbehelf, um ein fehlerhaftes Geschäft zu beseitigen. Bleibt das Geschäft bestehen, so ist das kein neuerlicher Erwerbsvorgang beim (potentiellen) Anfechtungsgegner, sondern lediglich eine Perpetuierung der bereits rechtsgeschäftlich entstandenen Situation. Deshalb kann die Einordnung dieser Geschäfte in die Entgeltsverhältnisse nicht richtig sein.
- d) Die bewußt schlechte Führung eines Prozesses, die "einkalkulierte Niederlage" kann der Gegenpartei einen ihr materiell-rechtlich nicht zustehenden Vorteil verschaffen (einmal von den verschiedenen Auffassungen zum Wesen der Rechtskraft abgesehen). So wäre es durchaus denkbar, daß jemand, ungerichtlich mit einer Klage überzogen, anerkennt und somit dem anderen einen Vorteil verschafft. Dennoch ist prozeßrechtliches Verhalten nicht in die Erwerbskategorien einstuftbar. Der Prozeß dient der Durchsetzung einer von den Parteien geschaffenen Rechtslage, nicht der Erzeugung einer völlig neuen. Dabei ist nicht ausgeschlossen, daß der Prozeß institutionell mißbraucht wird - genauso wie das prinzipiell bei allen Rechtsinstituten geschehen kann. Dieser Mißbrauch muß aber im Prozeßrecht aufgefangen werden, nicht durch die Konstruktion eines Rechtsgeschäftes, das eine Umgehung der prozeßrechtlich geschaffenen Lage ermöglichen soll.

Soweit Dernburg der Ansicht ist, es komme nur darauf an, ob ein anderer bereichert werde, nicht aber, ob es durch

Rechtsgeschäft oder tatsächlich geschehe, trennt er nicht scharf genug zwischen der Erfüllung eines unentgeltlichen Geschäftes und der Verpflichtung dazu. Das ergibt sich aus seinem Nachsatz: Nicht die Form, sondern die Tatsache der gewollten Zuwendung müsse entscheiden. Damit will er auch Schenkungen durch Realakte wie dem Einbau in ein fremdes Haus, das Einpflanzen in ein fremdes Grundstück erfassen. Zweifellos kann so ein Schenkungsversprechen erfüllt werden. Sicher kann ein Bekannter auch nachher erklären: Ich will für die eingepflanzten Blumen nichts; sie also schenken. Aber zur Schenkung wird der Einbau oder das Einpflanzen nicht durch diese Tätigkeit, sondern durch die causa Schenkung, die durch eine eigene Vereinbarung gesetzt werden muß. Diese Vereinbarung kann nur durch ein Rechtsgeschäft erfolgen. Die Erfüllung kann dann in all den Rechtsformen erfolgen, die sonst auch möglich sind, also auch durch Realakt. Aber der Realakt allein kann nie genügen, um die Vermögensbereicherung zu rechtfertigen. Das zeigt sich am deutlichsten an § 951 Abs.1, der bei fehlender causa einen Bereicherungsanspruch einräumt.

- e) Es zeigt sich, daß alle Versuche, Nichtrechtsgeschäfte als unentgeltlich einzustufen, nicht überzeugen konnten. Zutreffend hat daher die h.L. Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit auf Rechtsgeschäfte beschränkt.

II. Rechtsgeschäfte von Todes wegen

1. Nur gelegentlich wurde im 19. Jahrhundert die Auffassung vertreten, Verfügungen von Todes wegen seien unentgeltlich, Erbeinsetzung, Vermächtnis und Auflage werden meist nicht in bezug zur Unentgeltlichkeit gebracht.
2. Im gesamten Gesetzgebungsverfahren wird niemals der Erwerb durch Verfügung von Todes wegen als unentgeltlich bezeichnet.

3. Auch im 20. Jahrhundert wird verhältnismäßig selten auf diese Frage eingegangen.

Landsberg erwähnt knapp die Möglichkeit, daß Erbeinsetzungen, Vermächtnisse u. dergl. liberale, also unentgeltliche Geschäfte sein können¹⁾. A.v. Tuhr hält Verfügungen von Todes wegen i. d. R. für unentgeltlich²⁾. Er hält es sogar für möglich, daß sie entgeltlich erfolgen. Er will allerdings die Regeln über Vermächtnisse u. a. immer anwenden, gleich, ob es sich um entgeltliche oder unentgeltliche Geschäfte handelt. Oertmann modifiziert diesen Standpunkt: Die Erbeinsetzung sei notwendig unentgeltlich; Bedingungen, Vermächtnisse und Auflagen seien keine Gegenleistungen. Lediglich beim Erbvertrag könne in der Erbeinsetzung ein entgeltliches Geschäft gesehen werden. Derselben Auffassung ist Dernburg, der die Ansicht von dem "notwendig abstrakten und unentgeltlichen Wesen des Erbvertrages als ein Kind der Mode, vielleicht nur Modekrankheit" ansieht³⁾.

Die h.M. lehnt diese Möglichkeit ab. Nach Simson können Verfügungen von Todes wegen weder entgeltlich noch unentgeltlich sein⁴⁾; denn es fehle jeweils an der Begründung eines Schuldverhältnisses durch das Testament. Das gelte auch für den Erbvertrag, der ebenfalls eine gewöhnliche Verfügung von Todes wegen sei, nur eine besondere Art des Abschlusses habe⁵⁾. Die h.M. ist der Auffassung, daß die Erbsetzung deshalb nie Entgelt sein könne, weil der Erblasser nach § 2286 in seiner Verfügungsfreiheit nicht beschränkt werde⁶⁾. Der Bedachte wiederum habe keine rechtlich gesicherte Anwartschaft, sondern lediglich eine tatsächliche Aussicht⁷⁾.

1) Landsberg I S. 242

2) AT III S. 144

3) Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S. 108; Dernburg, Bürgerliches Recht V § 95 III

4) Der Begriff, S. 54 ff.

5) Ders. S. 56

6) Vgl. Staudinger-Dittmann § 2274 Anm. 5 ff., sowie die dort angegebenen Zitate und Anm. 24

7) Bartholomeycik, ErbR § 25 II 3; Brox, ErbR Rdn. 343; RGRK - Johannsen/Kregel § 2274 Vorbem. 5; Staudinger-Dittmann a. a. O.; BGHZ 12, S. 115 (118)

4. Die Möglichkeit eines unentgeltlichen erbrechtlichen Erwerbes ist bereits oben abgelehnt worden. Bleibt noch die Behauptung, es gebe entgeltlichen erbrechtlichen Erwerb.

Zunächst gibt es nie eine entgeltliche Erbeinsetzung; denn eine Gegenleistung des Erben an den Erblasser ist nicht denkbar.

Ist im Erbvertrag eine Erbeinsetzung enthalten und leistet der Eingesetzte dafür etwas, so soll dies den Erbvertrag zu einem entgeltlichen Vertrag stempeln¹⁾. Zu Recht weist aber die h.L. darauf hin, daß der Erblasser nach § 2286 unter Lebenden unbeschränkt weiter verfügen könne, der Bedachte somit nur eine tatsächliche Aussicht habe. § 2295 kann man diesem Ergebnis - entgegen der Auffassung von Oertmann - nicht entgegenhalten. Die Leistung des Bedachten bildet auch in solchen Fällen keine Gegenleistung im Rechtssinn, sondern nur den Beweggrund für die Verfügung. Es besteht also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Leistungsverpflichtung des Bedachten auf der einen Seite und der Erbeinsetzung²⁾. Als Gegenleistung hat sie das Gesetz aber nicht anerkannt.

Rechtsgeschäfte von Todes wegen sind also - genau wie der gesetzliche erbrechtliche Erwerb - weder entgeltlich noch unentgeltlich. Oder umgekehrt: Unentgeltlich können nur Rechtsgeschäfte unter Lebenden sein.

III. Gibt es einseitige unentgeltliche Rechtsgeschäfte?

1. Wer im 19. Jahrhundert die Unentgeltlichkeit sehr weit verstand, konnte auch Anfechtung und Kündigung als unentgeltlich bezeichnen³⁾. Hatte Savigny noch die streng einseitige Dereliktion als Schenkung bezeichnet, auch und Gerade wenn sie erfolgt war, um einem bestimmten oder unbestimmten Dritten die Aneignung zu ermöglichen⁴⁾, so mußte diese Kon-

1) Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.108; Liebisch, Zuwendung, S.87; Dernburg a.a.O.

2) RGRK - Johannsen/Kregel § 2295 Anm.1

3) Vgl. Anm.

4) System IV S.107

struktion ausscheiden, als man den Vertrag als notwendige Voraussetzung jeder Schenkung bezeichnete. Es ist denn auch kein Zufall, daß diese Behauptung von Savigny im 19. Jahrhundert nicht mehr aufgenommen wurde.

wichtiger als die Dereliktion ist aber die Behandlung der Auslobung im Gemeinen Recht. Ein Teil sieht sie als streng einseitiges Rechtsgeschäft an, bei dem der Auslober eine "Belohnung" verspreche¹⁾. Die naheliegende Frage, ob es sich dabei um ein Entgelt handelt, wird in der gesamten Literatur nicht gestellt. Die Auslobung wird weder als entgeltlich noch als unentgeltlich bezeichnet²⁾.

2. Während der Kodifikation ging man auf diese Probleme nicht ein. Bei der Auslobung - nun kraft Gesetzes ein einseitiges Rechtsgeschäft - wird ihre Entgeltsnatur nicht erörtert³⁾.
3. Nach A.v.Tuhr können einseitige Gestaltungsgeschäfte "in der Regel" weder entgeltlich noch unentgeltlich sein⁴⁾. Mit dieser ausdrücklichen Stellungnahme ist er eine Ausnahme. Von den einseitigen Geschäften wird lediglich die Auslobung verschiedentlich behandelt.

Simson, der alle streng einseitigen Rechtsgeschäfte für unentgeltlich hält, führt auch die Auslobung mit auf⁵⁾.

Cosack will die Haftung des Auslobenden je nach Lage des Falles entweder nach Kaufrecht oder nach Schenkungsrecht behandeln⁶⁾. Heck will bei einer "altruistischen" Zuwendung, wie z.B. der Auslobung für eine heldenhafte Kriegstat die Schenkungsregeln anwenden. Bei einer Auslobung in "egoistischer" Absicht, dürfe das nicht geschehen⁷⁾. Hoeniger hingegen versucht, die Auslobung als stets entgeltliches Geschäft zu konstruieren⁸⁾. Er nähert sich Kohlers Theorie

1) Vgl. dazu die Zitate bei Windscheid II S.181 Anm.3

2) Vgl. Anm.1. Das gilt auch für Vertreter der Vertragstheorie.

3) Mot.II S.318 ff.

4) AT III S.152

5) Entgelt, S.50

6) Bürgerl. Recht I S.358

7) SchR S.164

8) Gemischte Verträge, S. 252

vom "gestreckten Vertragsschluß", ohne sich ihr ganz anzuschließen¹⁾. Die Auslobung ist für ihn ein "einseitiges Geschäft mit einer gewissen Entgeltlichkeit". Er versteht sie als "Zweiparteiengeschäft mit einseitiger Fixierung des Geschäftsinhaltes" und stellt sie dabei in eine Reihe mit den Beförderungsbestimmungen bei Eisenbahn und Straßenbahnen²⁾.

Im neuesten Schrifttum verneint Larenz die Anwendbarkeit der Schenkungsregeln auf die Auslobung, ohne zu behaupten, es handle sich bei ihr um ein entgeltliches Geschäft³⁾.

4. Bleibt die Überprüfung dieser Aussagen:

- a) Kündigung, Anfechtung, Geltendmachen einer Einrede u.a. entziehen sich einer derartigen Einstufung. Es gilt sinngemäß dasselbe, wie für die Unterlassung dieser Geschäfte⁴⁾. Es sind einseitige Gestaltungsrechte, die bereits ein Rechtsverhältnis voraussetzen, nicht aber ein neues bilden.
- b) Wichtigster Prüfstein ist hier die Auslobung. Wer die Auslobung als möglicherweise unentgeltlich betrachtet, übersieht, daß der Auslober eine bestimmte Handlung oder einen bestimmten Erfolg belohnt. Ob diese Handlung selbst unmittelbar oder mittelbar nützt, darf dabei keine Rolle spielen. Es ist ja auch sonst gleichgültig, ob ein Gegenstand gekauft wird, um ihn nachher zu verschenken oder ob jemand verpflichtet wird, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, die nur einem Dritten nützt, nicht aber dem aus dem Vertrag Berechtigten. Also sind auch die von Heck als "altruistische Zuwendungen" bezeichneten Belohnungen nicht unentgeltlich. Ist deshalb die Auslobung stets ein entgeltliches Geschäft?

1) Kohler in ArchBürgR 25 S.1 ff. .

2) a.a.O. S.253

3) SchR II S.251 bis zur 9.Aufl.; in der 10.Aufl. fehlt eine entsprechende Bemerkung kommentarlos.

4) Esser II, S.196; Filentscher, SchR S.506;
Palandt-Thomas § 657; Soergel-Mormann § 657 Anm.1

Dagegen spricht zunächst der übliche Sprachgebrauch, den das Gesetz übernommen hat. Es erwähnt nur die "Belohnung", nicht das "Entgelt" als "Gegenleistung". Auffälligerweise gehen die meisten Schriftsteller auf diese Unterscheidung nicht ein; sie übernehmen lediglich ohne Bedenken die Bezeichnung "Belohnung"¹⁾. Mit dieser Bezeichnung ist der eigentliche Kern der Auslobung treffend umrissen. Die Belohnung ist in aller Regel nur gedacht als ein Anreiz für die Öffentlichkeit, um in einer bestimmten Weise tätig zu werden. Wer diesen Anreiz aufnimmt, ist deshalb noch längst nicht sicher die Belohnung zu erhalten; sie kann ihm ja von einem anderen "weggeschnappt" worden sein. Das wird nirgendwo so deutlich wie bei einem Preisausschreiben. Man kann alles richtig haben und trotzdem nicht gewinnen. Sei es, weil das Los anders entscheidet, sei es, weil es der Jury anders gefällt. Auch die Höhe der Belohnung wird auf eine Art und Weise festgelegt, die der typischen Entgeltbeziehung nicht entspricht. Legt doch der Auslober völlig einseitig fest, wieviel ihm die Handlung oder der Erfolg wert sind. Diese letzte Überlegung ist allein nicht entscheidend, da auch anderswo das "Entgelt" einseitig festgelegt wird (z.B. bei der Bahn). Aber in Zusammenhang mit den anderen Erscheinungsformen der Auslobung zeigt sich, daß sich der Gesetzgeber mit der Bezeichnung "Belohnung" bewußt von der Frage der Entgeltlichkeit distanziert hat. Die Auslobung entspricht in ihrer typischen Ausformung nicht den Vorstellungen über entgeltliche Geschäfte; ebensowenig, wie sie unentgeltliches Geschäft sein kann. Man muß daher die Hilfestellung, die einem der Gesetzgeber hier gibt, durch Wahl eines außerhalb der Entgeltbeziehungen stehenden Begriffes, aufgreifen und die Auslobung erkennen als ein Geschäft, das weder entgeltlich noch unentgeltlich ist.

Damit zeigt sich gleichzeitig, daß es einseitige unentgeltliche Rechtsgeschäfte nicht gibt.

1) Siehe Anm.4 auf S.18 der Arbeit

IV. Der Bereich der zwei- und mehrseitigen Rechtsgeschäfte

1. Im 19. Jahrhundert werden die Bezeichnungen "gegenseitiger Vertrag" und "zweiseitiger Vertrag" häufig synonym verwendet. In der Regel wird wie selbstverständlich davon ausgegangen, daß es sich dabei um entgeltliche Geschäfte handelt. Das zeigt sich besonders deutlich an der Gegenüberstellung von einseitigen und lukrativen, bzw. zweiseitigen und onerosen Verträgen. Ein Streit hat sich nur entwickelt um die Frage, ob die Gesellschaft - damals häufig als zweiseitiger oder gegenseitiger Vertrag eingeordnet - ein entgeltliches oder ein unentgeltliches Geschäft sei. Nach Savigny liegt dann eine Schenkung vor, wenn "einer entweder nichts beiträgt, und doch mit teilt, oder zwar beiträgt, aber ausschließlich Gewinn zieht"¹⁾. Andere Schriftsteller verneinen die Möglichkeit einer Schenkung. Nach Brinz kann die Sozietät "weil Verbindung, nicht Schenkung sein"²⁾. Jhering unterscheidet bei den entgeltlichen Geschäften zwischen den beiden Grundformen des Verkehrs, dem Tauschvertrag und der Assoziation. Wobei dem Tauschgeschäft die Verschiedenheit der beiderseitigen Bedürfnisse zu Grunde liege und der Sozietät die Identität der Bedürfnisse beider Teile. Trotz dieser genau herausgearbeiteten Unterschiede rechnet er die Gesellschaft zu den "onerosen", also entgeltlichen Verträgen³⁾. Wobei man konsequent unterstellen kann, daß eine unentgeltliche Gesellschaft für ihn ein Widerspruch in sich sei. Wächter⁴⁾ und Winscheid⁵⁾ lehnen die Auffassung Savignys ebenfalls ab. Winscheid spricht im Fall der unentgeltlichen Gesellschaft von einer "unter dem Namen der Gesellschaft versteckten" Schenkung; Wächter wiederum hält die Sozietas für ein notwendigerweise entgeltliches Geschäft, da sich die "Genossen" zu gegenseitigen Leistungen verpflichten müssen.

1) System IV S.102

2) Pand. I S.468

3) Der Zweck im Recht, S.96

4) Wächter, Pand. II S.481 ff.

5) Pand. II S.527

2. Auch für diesen Fall hat sich die Gesetzgebung jeglicher Stellungnahme enthalten. Die Zusammenfassung der zunächst verstreuten Regeln über die gegenseitigen Verträge erfolgte ohne einen Hinweis auf die notwendige Entgeltlichkeit dieser Geschäfte. Auch bei der Regelung der Gesellschaft wird nicht auf den Meinungsstreit eingegangen.
3. Zu Anfang des 20. Jahrhunderts sieht man in der Gesellschaft i.d.R. einen gegenseitigen Vertrag. Dennoch gehen die meisten Schriftsteller nicht auf die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit ein.

Nach Hoeniger sind Synallagma und Sozietät die beiden einzigen Untergruppen der Entgeltlichkeit. Er sieht in der Gesellschaft eine besondere Form der Entgeltlichkeit, die er als "mittelbare Entgeltlichkeit" bezeichnet¹⁾. Heck stuft die Gesellschaft als einen gegenseitigen Vertrag ein, bei dem der Austauschzusammenhang "deutlich vorhanden" sei²⁾. Allmählich setzt sich aber die Auffassung durch, die in der Gesellschaft keinen gegenseitigen Vertrag mehr sieht. Ihrer Ansicht nach fehlt bei der Gesellschaft der Austauschcharakter von Leistung und "Gegenleistung", der für den gegenseitigen Vertrag kennzeichnend sei³⁾. Vielmehr vereinigen die Gesellschafter ihre Leistungen, um mit deren Hilfe den gemeinsamen Zweck zu erreichen. Die Leistung sei deshalb nur Vorbedingung für die Erreichung des gemeinsamen Zweckes. Auf die Entgeltlichkeit der Gesellschaft wird dabei meist nicht unmittelbar eingegangen. Auffällig ist jedoch, daß der Gesellschaft die entgeltlichen Geschäfte meist gegenübergestellt werden. Bei ihnen wird ihr Austauschcharakter betont, der bei der Gesellschaft gerade verneint wird⁴⁾. Aus den Definitionsversuchen zur Unentgeltlichkeit ergibt sich immerhin teilweise, daß die Gesellschaft jedenfalls

1) Gemischte Verträge, S.198

2) SchR S.378

3) Vgl. für alle Larenz, SchR II S.284

4) Fikentscher, SchR S.467;
Palandt-Thomas § 705 Anm.10

nicht unentgeltlich sein soll. So betont Esser, daß eine Leistung, die zur Erfüllung eines gemeinsamen Zweckes erfolgt, die Unentgeltlichkeit aufhebt¹⁾. Larenz beschränkt die Entgeltlichkeit im wesentlichen auf das Recht der Gegenleistungsgeschäfte²⁾. Bei den Leistungen eines Gesellschafters verneint er deren Charakter als Gegenleistung³⁾.

4. Nach ganz einheitlicher Lehre sind jedenfalls alle gegenseitigen Austauschgeschäfte, wie Kauf, Miete, Dienstvertrag entgeltliche Geschäfte. Das zeigt sich insbesondere daran, daß das Prinzip des "do ut des" als das entscheidende Merkmal des gegenseitigen Vertrages anerkannt ist. Es führt mit Sicherheit immer zu einem entgeltlichen Vertrag: "Ich gebe, damit du gibst"; schärfer kann ein entgeltliches Geschäft nicht dargestellt werden⁴⁾.

- a) Entscheidend für eine Abgrenzung ist jedoch die Einordnung der Gesellschaft.

Die neuere Literatur hebt zu Recht hervor, daß die Gesellschafter sich nicht als Leistende gegenüberstehen, sondern sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verbünden. Diese Haltung paßt nicht auf die Struktur gegenseitiger Verträge; sie paßt aber auch nicht auf die Entgeltlichkeit. Das zeigt sich am deutlichsten wiederum an der ganz herrschenden Lehre, die fast durchweg gar nicht auf den Gedanken kommt, die Gesellschaft als entgeltliches Geschäft zu bezeichnen; ebensowenig übrigens, sie als unentgeltlich einzuordnen. Soweit man das doch versucht, verwechselt man die Gesellschaft mit anderen Rechtsformen. Savigny z.B. sieht noch als Gesellschaft an, was nach heute allgemeiner Meinung keine ist: die "societas leonina". Freilich handelt es sich dabei um ein unentgeltliches Geschäft, aber eben nicht mehr um eine Gesellschaft. Ganz zu Recht hat schon Windscheid von einer "unter dem Namen der Gesellschaft versteckten" Schenkung gesprochen⁵⁾. Wächter und Heck, die beide die Gesellschaft für

1) SchR II S.81

2) AT S.331

3) SchR II S.284 ff.

4) Vgl. dazu unten § 2 IV

5) Pand. II S.527

entgeltlich ansehen, verwechseln sie noch mit dem gegenseitigen Vertrag. Jheringer erkennt zwar schon den Unterschied und sieht die Identität der Bedürfnisse bei der Gesellschaft, dennoch rechnet er sie ohne weiteres zu den "onerösen" Verträgen. Eine Haltung, der man mangelnde Konsequenz vorwerfen muß. Wenn die eigene Leistung dazu dient, eigene Bedürfnisse zu befriedigen, so ist sie zwar, weil Tätigkeit, immer noch beschwerlich, aber doch nicht entgeltlich, keine Gegenleistung.

Auf dem richtigen Weg ist hingegen Hoeniger. Er spricht nur noch von mittelbarer Entgeltlichkeit, weil er die Unbrauchbarkeit des üblichen Entgeltbegriffes bereits gesehen hat. Diese Einstufung als "mittelbare" ist der erste Schritt zur völligen Lösung der Gesellschaft aus der Entgeltskategorie. Zwar erarbeiten die Gesellschafter u.U. durch ihre gemeinsame Tätigkeit einen Gewinn. Das könnte mittelbares Entgelt ihrer Arbeit sein. Aber die auf Gewinn gerichtete Gesellschaft ist nur eine mögliche Gesellschaftsform, keine notwendige. Auch wenn die Gesellschafter keinerlei Gewinn erstreben, müssen sie in derselben Art und Weise zu ihrem gemeinsamen Zweck beitragen. Man sollte daher diese künstlichen Versuche unterlassen, um jeden Preis eine Beziehung zwischen der Gesellschaft und der Entgeltlichkeit zu knüpfen. Es genügt festzuhalten, daß die Entgeltlichkeit dem Charakter der Gesellschaft nicht entspricht - und dieser Erkenntnis gemäß darauf zu verzichten, die Gesellschaft dort einzuordnen. Das schließt Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber ähnlichen entgeltlichen Rechtsformen, wie dem partiarischen Darlehen, nicht aus. Aber sie ändern nichts an der Notwendigkeit einer Entscheidung.

Die bisherigen Versuche, die Entgeltlichkeit zu bejahen, ließen sich stets von dem Gefühl leiten, die Gesellschaft müsse "irgendwie" dort eingeordnet werden; wohl weil man davon ausging, solche Rechtsgeschäfte müßten stets entweder entgeltlich oder unentgeltlich sein. Und in der Qual der Wahl entschied man sich für die Entgeltlichkeit. Der Fehler liegt hier schon in dem Versuch, alle Geschäfte, bei denen Leistungen vorkommen, in den Problembereich entgeltlich

oder unentgeltlich einzubeziehen. Die Entgeltskategorie paßt eben nur - wie sich immer wieder zeigt - auf bestimmte Leistungsverhältnisse. Die Gesellschaft, als gemeinsame Leistungsverbindung, gehört nicht dazu.

- b) Dieses Ergebnis gilt auch für ähnliche Rechtsgeschäfte, die anerkanntermaßen keine gegenseitigen Verträge sind, obwohl mehrere Parteien auf beiden Seiten beteiligt sind. So für den Beitritt zu einem Verein, wo die Entgeltsfrage zu keinem Zeitpunkt auch nur diskutiert wird, und den Beitritt zu einer Partei (soweit sie nicht sowieso als e.V. organisiert ist). Es gilt, wenn einmal eine Bruchteilsgemeinschaft nicht durch Gesetz, sondern durch Vereinbarung der Parteien zustandekommt. Und es gilt, wenn Ehepartner einen güterrechtlichen Vertrag schließen. Diese Vereinbarung ist kein Gegenleistungsgeschäft, wie das Liebisch behauptet hat¹⁾. Der eine erhält die Beteiligung am Gesamtgut nicht als Gegenleistung für seine Einbringung. Vielmehr trägt die Vereinbarung dem vermögensrechtlich gesellschaftsähnlichen Charakter einer Ehe (mit zusätzlichen, ganz anderen Bindungen) Rechnung.

5. Damit sind wir aber bereits im Bereich der familienrechtlichen Rechtsgeschäfte, an denen mehrere beteiligt sind. Als solche kommen noch in Betracht: die Mitgift, die Eheschließung selbst (auch die Verlobung) und - als familienrechtliches Geschäft im weiteren Sinn - die Annahme eines fremden Namens.

Die Mitgift, die einem künftigen Ehemann versprochen wird, sieht die ganze h.L. als Entgelt für die Pflichten an, die er mit der Eheschließung der Frau gegenüber auf sich nimmt.²⁾

Eine solche Haltung steht im Widerspruch zu den heutigen Vorstellungen über das Wesen der Ehe. Die "Lasten", die dem Ehemann erleichtert werden sollen, bürdet ihm das Gesetz auf für den Fall, daß er sich entschließt zu heiraten und

1) Zuwendung, S.96

2) Palandt-Putzo, § 516 Anm.4 f.; Soergel-Ballerstedt, § 516 Anm.15

diesen Entschluß in die Tat umsetzt. Ihm für diesen Entschluß ein Entgelt zu zahlen, widerspricht dem sittlichen Wesen der Ehe und dem Charakter der Entscheidung zur Eheschließung. Also ist diese Art von "Mitgift" kein Entgelt. Bei Einordnung dieses Geschäftes muß man die Nähe zu der in § 1624 BGB geregelten Ausstattung sehen und sie einer bestimmten Art von unentgeltlichen Geschäften zuordnen¹⁾.

Es sollte eigentlich selbstverständlich sein, daß die Eheschließung selbst frei ist von allen Erwägungen über ihre Entgeltlich- oder Unentgeltlichkeit. Dennoch hat die Rechtsprechung, der die Lehre größtenteils gefolgt ist²⁾, verschiedentlich die Entgeltlichkeit bejaht bei Geschäften, die im Zusammenhang mit der Eheschließung standen. So in einem Fall als ein Leutnant einer Kellnerin, mit der er zusammenlebte, 15.000 M versprach, falls er sich anderwärts verheiraten wollte³⁾. Entgeltlich sollte es auch sein, als eine Frau wegen ihrer Heirat ihren Beruf aufgab und der Mann sie dafür entschädigte⁴⁾.

Solche finanziellen Entschädigungen mögen öfter vorkommen; dennoch kann die Eheschließung, die Bereitschaft dazu oder auch die Rückkehr einer trennungswilligen Frau niemals Entgelt sein. Prinzipiell gilt hier dasselbe wie oben: das sittliche Wesen der Ehe verbietet eine Verknüpfung mit Entgeltsfragen.

Schließlich verträgt sich auch die Annahme eines Namens nicht mit einer Bezahlung. Auch der Name ist eine so sehr persönlichkeitsbildende- und abhängige Erscheinung, daß er eine "res extra commercium" darstellt, also nicht gegen Entgelt getauscht werden darf.

Abgesehen von dem Leistungsversprechen an den künftigen Ehemann, das seiner Funktion nach der Ausstattung ähnelt, sind alle übrigen familienrechtlichen zwei- bzw. gegenseitigen

1) Vgl. dazu § 2 IV 4. i

2) Vgl. die Verweise bei Palandt-Putzo in Anm.52

3) RGZ 98, S.176 (177)

4) RG Recht 1919 Nr.1950

Rechtsgeschäfte einer Beurteilung nach Entgeltlichkeitsprinzipien entzogen.

6. Auch erbrechtliche Verträge oder gegenseitige Verfügungen sind, wie schon oben ausgeführt, weder entgeltlich noch unentgeltlich.
7. Überblickt man die Ergebnisse, so zeigt sich folgendes: Entgeltlich und unentgeltlich sind eine Geschäftsbezeichnung, die sich auf das Vertragsrecht, und zwar im genaueren auf das Recht der Schuldverträge beschränkt¹⁾. Entgeltlich können dabei nur solche Verträge sein, die auf Leistungsaustausch gerichtet sind. Diesen Gedanken des Leistungsaustausches spricht bereits Haymann an²⁾. Auch Hoeniger gehört hierher. Eine notwendige Voraussetzung des entgeltlichen Geschäftes ist seiner Auffassung nach, daß die Leistungspflicht einer jeden Partei vom Vollzug der Leistungen der anderen Partei abhängt³⁾. Der Austauschgedanke wird auch von der heutigen Lehre immer wieder betont. Fikentscher hebt dabei zutreffend hervor, daß der Austauschzweck die Parteien in wirtschaftlich ungleicher Richtung verbindet⁴⁾. Auch Larenz sieht als entscheidenden Gesichtspunkt der Entgeltlichkeit, "ob nach dem Geschäft zum Ausdruck gelangten Willen der Parteien der Zuwendung des einen eine solche des anderen gegenübersteht, ... die ein Entgelt, einen Gegenwert für seine eigene Leistung ... darstellt"⁵⁾.

Also können entgeltlich sein nur Verträge, die auf Leistungsaustausch gerichtet sind. Unentgeltlich sind diese Vertragstypen dann, wenn der Leistung des einen keinen Gegenleistung gegenübersteht. Unentgeltlich sind daher nur solche Leistungsgeschäfte, denen eine Gegenleistung gegenüberstehen könnte, aber tatsächlich nicht gegenübersteht.

1) So zutreffend bereits Simson, Entgelt, S.52

2) Schenkung unter Auflage, S.9

3) Gemischte Verträge, S.198 ff.

4) SchR, S.467

5) AT, S.331

V. Kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte

1. Schon die bisherige Entwicklung zeigt, daß im 19. Jahrhundert größtenteils nur "kausale" Geschäfte als unentgeltlich bezeichnet wurden. Auch soweit man die Verträge als "Realcontracte" ohne rechtliche Verpflichtung konstruierte, stand doch stets der Rechtsgrund als "Leihe", als "Darlehen" im Vordergrund, der das Geschäft zu einem unentgeltlichen machte. So sprach Hölder von dem "Inhalt vermögensrechtlicher Acte"¹⁾; Brinz - wie auch alle anderen Schriftsteller - betonten stets die "causa donandi", also den Rechtsgrund der Vermögensübertragung²⁾. Winscheid schließlich hob hervor, es werde "nie eine Eigenthumsübertragung, eine Forderungsbegründung, eine Liberation als solche gemacht; in der Wirklichkeit gibt es nur Eigenthumsübertragungen aus diesem oder jenem Bestimmungsgrund, mit diesem oder jenem 'Charakter'"³⁾.

Dennoch wird immer wieder von unentgeltlichen Verfügungen, unentgeltlichen Verzichten, unentgeltlichen Forderungsabtretungen gesprochen. Dabei ~~han~~ handelt es sich aber nur um unscharfe, bzw. verkürzte Schreibweisen; gemeint ist jeweils: Verfügungen aufgrund unentgeltlichen Grundgeschäftes bzw. Verzichte usw. aufgrund unentgeltlichen Grundgeschäftes.

2. Auch in den Motiven und Protokollen tauchen die unentgeltlichen Verfügungen auf⁴⁾. Aber gerade die Entscheidung für die Vertragsnatur der Schenkung beweist, daß man auch damals nur Verfügungen in Erfüllung eines unentgeltlichen Vertrages gemeint hat. Denkbar wäre lediglich, daß man die Handschenkung als unentgeltliche Verfügung im eigentlichen Sinn ansehen sollte. Gegen diese mögliche Auffassung spricht aber wieder der Wortlaut des § 516 BGB, der auf jeden Fall die Einigung über die Unentgeltlichkeit und damit

1) Pand. S. 283

2) Brinz, Pand. II S. 1544; Arndts, S. 464; Burckhard, S. 43 ff.

3) Pand. II § 364

4) Mot. II S. 250 ff. Prot. II S. 4 ff.

einen Vertrag verlangt.

3. Diese Haltung wird - soweit ersichtlich - auch im 20. Jahrhundert nie bestritten. Stets wird von den Rechtsgrundgeschäften gesprochen. Haymann erwähnt den "kausalen Charakter des Tauschgeschäftes"¹⁾; Hoeniger, Oertmann und Liebisch, sie alle gehen stets auf die Rechtsgrundgeschäfte ein.

Dennoch wird zu Beginn dieses Jahrhunderts nur selten so klar wie bei Simon betont, daß nur Rechtsgrundgeschäfte entgeltlich oder unentgeltlich sein können²⁾. Erst einige Autoren der neuesten Literatur legen sich eindeutig fest. So schreibt Larenz, daß sich die Entgeltskategorie nur auf causale Geschäfte beziehen könne³⁾.

Der weitaus größere Teil der Lehre äußert sich aber nicht zu dieser Frage. Diese unklare Haltung wird besonders deutlich bei der Behandlung der Sicherheitsleistung und der Erfüllung. Beides sind ja keine Rechtsgrundgeschäfte im eigentlichen Sinn, da sie bereits aufgrund eines Rechtsgeschäftes vorgenommen werden. Sie setzen also ihrerseits notwendigerweise einen Vertrag - eine "causa" also - voraus, der die Sicherheitsleistung erfordert, der erfüllt werden soll.

- a) Die Erfüllung wird bereits im Gemeinen Recht zum großen Teil als entgeltliches Geschäft bezeichnet. Federführend Savigny: Der Empfang einer Zahlung erfüllungshalber sei Gegenleistung, weil der Empfänger stets gegen diesen Erwerb die Schuldforderung austausche. Deshalb sei die Erfüllung eines Schenkungsversprechens keine (neue) Schenkung, sondern nur gewöhnliche Schuldzahlung und damit also wohl entgeltliches Geschäft. Gegenstimmen zu dieser Auffassung gab es nicht⁴⁾.

1) Schenkung, S.9

2) Entgelt, S.50 ff.

3) AT, S.331 f.

4) System IV S.56/57; ebenso Puchts, Inst.II S.51; Winscheid II S.379 Anm.3; Jhering, Der Zweck, S.93

Der Gesetzgeber hat sich dieser Ansicht nicht angeschlossen. Er hat in § 2113 Abs.2 "vorsichtshalber" die Erfüllungshandlungen besonders aufgeführt. Dort heißt es nämlich: Unwirksam ist auch eine Verfügung, die "unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt".

Literatur und Rechtsprechung haben die Meinung Savignys zum großen Teil übernommen¹⁾; allerdings mit einer kleinen Differenzierung: Die Erfüllung sei zwar grundsätzlich entgeltlich; das gelte aber nicht für die Erfüllung eines Schenkungsversprechens. Typisch dafür die Bemerkung A.v.Tuhrs, Zuwendungen, die solvendi causa vorgenommen werden, seien grundsätzlich als entgeltlich zu betrachten, da der Schuldner durch seine Leistung einen Vermögensvorteil erlange, nämlich die Befreiung von seiner Schuld²⁾. Die Erfüllung des Schenkungsversprechens dagegen sei nicht erneut Schenkung, sondern Erfüllung einer Schuld; sie sei aber trotzdem unentgeltliche Zuwendung, weil das Rechtsgrundverhältnis Schenkung sei. Mit diesem Rückgriff auf das Rechtsgrundverhältnis übernimmt v.Tuhr die Ansicht von Stampe, die aber seiner sonst geäußerten Auffassung widerspricht. Nach Stampe nämlich hängt die Einordnung der Erfüllung von der Rechtsnatur des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes ab. Das Freiwerden des Schuldners sei keine Gegenleistung, sondern selbstverständliche Konsequenz der Erfüllung³⁾. Danach ist die Erfüllung also entgeltlich, wenn es das Grundgeschäft ist

1) So schon RGZ 27 S.130 (134); ebenso bis RGZ 105 S.246 (248); BGH JZ 1952 S.654; Esser, Schr II S.81 = § 67 I; Liebisch, Zuwendungen, S.40; Palandt-Eutzo, § 516 Anm.4; RGRK - Kuhn, § 516 Anm.12; Soergel-Ballerstedt, § 516 Anm.13; A.v.Tuhr III S.144 und 148

2) Vgl. dazu die Literaturhinweise bei A.v.Tuhr III, S.145 ff. Ebenso Kegel, NJW 1952 S.741; RGRK - Kuhn, § 516 Anm.12; Soergel-Ballerstedt, § 516 Anm.13; vgl. noch für die KO Jaeger-Lent, § 32 Anm.3 f.

3) Stampe, Causalprobleme, S.30, 38 f.

und umgekehrt. Auch diese Ansicht hat viele Anhänger gefunden¹⁾.

Ihr steht aber noch eine dritte Ansicht gegenüber, die die Erfüllung weder als entgeltlich noch als unentgeltlich bezeichnet. Nach Haymann ist die Erfüllung nur Ausführungshandlung. Sie gebe dem Empfänger nur, was er im wirtschaftlichen Sinne bereits sein eigen nenne. Sie bringe nur eine Rechtsänderung, nicht eine Güterverschiebung von selbständiger Bedeutung²⁾. Eckstein bezieht sich besonders auf die Erfüllung gesetzlicher Verbindlichkeiten, wie z.B. die Schadensersatzpflicht u.a.m. Seiner Ansicht liegen dabei stets Verfügungen ohne Entgelt vor, die nicht unentgeltlich sind³⁾. Auch Simson scheidet die Erfüllungshandlung aus Entgelt der Kategorie aus. Er lehnt die "merkwürdige Lehre der Pandektendoktrin" ab, die die causa solvendi als unentgeltliche causa eingestuft hatte⁴⁾.

- b) Im 19. Jahrhundert war man sich einig, daß die Hingabe einer Sicherheit entgeltlich oder unentgeltlich sein könnte. Der Streit ging lediglich darum, ob und inwieweit es sich dabei um eine Schenkung handelte oder nicht. Savigny verneinte im Verhältnis zum Gläubiger in jedem Fall das Vorliegen einer Schenkung i.e.S., da es an einer Bereicherung fehle. Auch wenn der Schuldner insolvent sei, erhalte der Gläubiger nur das sicherer, was er bereits zu fordern habe. Dagegen könne es sehr wohl ein sonstiges unentgeltliches Geschäft sein. Im Verhältnis zwischen Sicherheitsgeber und Schuldner dagegen könne sehr wohl eine Schenkung vorliegen. Dieser Auffassung haben sich verschiedene Schriftsteller angeschlossen⁵⁾. Schwankend verhält sich Bekker. Einerseits

1) So jetzt Larenz, AT S.331 = § 24 II e; derselbe, SchR II S.128 f. = § 47 I; Krawielicki, JherJb.81 S.261; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.89; ders. in seinem Kommentar 1c vor § 516; A.v.Tuhr III, S.145 ff.

2) Schenkung, S.7/8; so vor ihm schon Lenel, JherJb 19, S.231 ff.

3) Zeitschrift für Zivilprozeß 41 S.82 ff.

4) Entgelt, S.59

5) Savigny, System IV S.55; Winscheid II S.380 Anm.3: Vangerow I S.175

hält er eine Sicherheitsleistung nicht für eine Schenkung¹⁾, andererseits meint er, eine Sicherheitsleistung "animo donandi" müsse zwischen Ehegatten unter das Schenkungsverbot fallen²⁾. Im Gegensatz zu diesen Meinungen kann nach Burckhard die Bestellung eines Pfandrechts stets Schenkung sein³⁾, also auch umgekehrt entgeltliches Geschäft.

In E I folgte man der h.M. mit § 439: Er verneint das Vorliegen einer Bereicherung und damit einer Schenkung, wenn für ein Recht Sicherheit geleistet werde, auch dann, wenn ein anderer als der Verpflichtete Sicherheit leistet. Die zweite Kommission strich diese Regel wieder, weil sie Zweifel an ihrer Richtigkeit hatte: Man wollte also die Klärung dieser Frage Lehre und Rechtsprechung überlassen.

Der Streit um die Einordnung der Sicherheitsleistung im gemeinen Recht, den der Gesetzgeber offen gelassen hatte, setzte sich im 20. Jahrhundert fort. Im Verhältnis zum Gläubiger hält die h.M. die Sicherheitsleistung nie für unentgeltlich; sie geht also insofern weiter als Savigny, wiewohl nicht ganz klar ist, ob sie das bewußt tut: denn diese Frage wird meist im Schenkungsrecht behandelt und verneint wird mit der Unentgeltlichkeit vor allem die Vermögensbereicherung und damit die Schenkung⁴⁾.

Der BGH hat sich nur mit der Frage beschäftigt, ob die Bestellung einer Hypothek für fremde Schuld für den Schuldner Schenkung sein könne⁵⁾. Für den Regelfall hat der BGH die Vermögenszuwendung verneint, da die Übernahme der dinglichen Haftung zwar eine Gefährdung des Vermögens, noch nicht aber dessen Verringerung bedeute. Er hält eine Schenkung aber dann für möglich, wenn der Sicherheitsbesteller unter Verzicht auf das gesetzliche Rückgriffsrecht und un-

1) Pand. II S.147 Anm.1

2) Pand. II S.310

3) Schenkung, S.123

4) So schon RGZ 54 S.284; 90, S.181; Krawielicki, JherJb.81 S.271; Larenz, SchR II S.126; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.89; Staudinger-Ostler, § 516 Anm.37.
Vgl. alle Kommentare, z.B. Palandt-Putzo § 516 Anm.4 e

5) BGH LM Nr.2 zu § 516

ter gleichzeitiger Erfüllungsübernahme die Sicherheit ergänzt. Der Verzicht auf das Rückgriffsrecht allein genügt dem BGH noch nicht, um eine Vermögenszuwendung zu bejahen, weil der Gläubiger sich ja immer noch an den Schuldner wenden kann; dann wäre der Verzicht in seiner Wirkung ohne Bedeutung.

Die Kommentare geben diese Haltung des BGH zum Teil sinnverkürzt wieder. So schreiben Staudinger-Ostler und RGRK-Kuhn nur noch: Die Pfandbestellung könne bei gleichzeitigem Verzicht auf den Rückgriff "zweifelloso" Schenkung sein¹⁾.

Palandt-Thomas wollen danach unterscheiden, ob der Sicherheitsbesteller nach dem Verzicht auf den Rückgriff den Gläubiger tatsächlich befriedigt hat oder nicht. Sei das nicht geschehen, so liege Schenkung nur dann vor, wenn er die Schuld übernommen habe. Anscheinend selbstverständlich ist aber für BGH und h.M., daß die Sicherheitsbestellung wenigstens ein sonstiges unentgeltliches Geschäft sein könne. Der BGH setzt in der erwähnten Entscheidung die Möglichkeit unentgeltlicher Sicherheitsbestellung voraus und prüft nur noch, ob die weitergehenden Bedingungen einer Schenkung vorliegen. Andererseits nimmt der BGH die Bemerkung von Stampe auf, daß es sich dabei um Hilfsgeschäfte handele, und verneint deshalb die Notwendigkeit der Schriftform, da diese Hilfsgeschäfte "keine selbständige Verpflichtung schaffen" würden. Stampe aber hat bei der Sicherheitsleistung keine eigene Entgeltbeurteilung zugelassen. Höring hält die Sicherheitsbestellung für unentgeltlich, wenn Sicherheit geleistet werde, ohne daß der Gläubiger darauf schon durch das Grundgeschäft einen Anspruch habe, bzw. wenn dieser Sicherheitsleistung keine Gegenleistung von seiner Seite gegenüberstehe²⁾.

Eine Mindermeinung hält auch im Verhältnis Gläubiger-Schuldner eine unentgeltliche Zuwendung für möglich; so z.B. A.v.Tuhr, Soergel-Ballerstedt und Kuhn³⁾.

1) Staudinger-Ostler § 516 Anm.37; RGRK-Kuhn § 516 Anm.13
2) Unentgeltlichkeit, S.63

3) AT III S.174 ff.; Soergel-Ballerstedt § 516 Anm.28;
RGRK-Kuhn § 516 Anm.13

Eine andere Richtung der Lehre will die Sicherheitsleistung stets wie das Hauptgeschäft behandeln. Sie geht auf Stampe zurück und dessen Unterteilung der Rechtsgeschäfte in Haupt- und Hilfsgeschäfte. Die Sicherheitsleistung sieht er als bloßes Hilfsgeschäft an, das lediglich der Durchführung des Hauptgeschäftes diene und daher in der Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit diesem Schuldverhältnis folge¹⁾. Schon früher hat Lenel betont, die Sicherung der Forderung sei untrennbar geknüpft an eine wirtschaftliche Gegenleistung, die der Gegner bereits gemacht habe und sei deshalb keine liberale Verfügung²⁾.

Krawielicki wiederum will die Sicherheitsleistung als neutrale Verfügung auffassen. Sie diene nur der Erfüllung des Anspruches und sei deshalb weder entgeltlich noch unentgeltlich³⁾. Zu demselben Ergebnis kommt v.Caemmerer: Die Bestellung eines Pfandes für die Rückzahlung eines Darlehens sei als Sicherung der Rückabwicklung bloße Modalität des Vertrages. Auch wenn sie Bedingungen einer Stundung oder Nichtkündigung gewesen sei, sei sie doch niemals Entgelt oder Gegenwert, d.h. ein nach Auffassung der Parteien gleichwertiger Austauschgegenstand für die eigene Leistung⁴⁾.

4. Schwierigkeiten bei Lösung der Frage, inwieweit kausale Verträge entgeltlich oder unentgeltlich sind, bereitet hier schon die Terminologie. Zu Recht bemängelt Esser das Fehlen einer technischen Abgrenzung der Begriffe "Zweck", "causa" und "Rechtsgrund"⁵⁾. Im Rahmen dieser Untersuchung soll "causa" sein: der im Inhalt eines Verpflichtungsgeschäftes

1) Stampe, Causaprobleme, S.30 ff.; ähnlich Lenel, AcP 75, S.233; auf Stampe berufen sich insbesondere Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.98 f. und Liebisch, Zuwendungen, S.101 ff.

2) Vgl. Anm.1

3) Krawielicki, JherJb.81 S.271 f.; ähnlich Haymann, Schenkung, S.8 und JherJb 56 S.101

4) Festschrift für Lewald, S.449

5) Esser, SchR II S.17 f.; er lastet diesen Mangel der gemeinrechtlichen Lehre an.

zum Ausdruck gelangende typische Geschäftszweck¹⁾. Ein solcher Geschäftszweck könnte auch ein Sicherheitsversprechen sein, das der Schuldner oder ein Dritter nur abgibt gegen ein bestimmtes Verhalten des Gläubigers, z.B. Sicherheit gegen Moratorium. Dennoch sind Sicherheitsleistungen ihrerseits wieder von einem Kausalgeschäft abhängig; sie sind akzessorisch. Zur Vermeidung von Verwechslungen empfiehlt sich eine sprachliche Trennung zwischen der "causa" und dem "Kausalgeschäft". Ich möchte unter letzterem nur selbständige Grundgeschäfte verstehen - im Gegensatz zu den sie ergänzenden (ebenfalls kausalen) Hilfsgeschäften.

- a) Die Erfüllung ist schon keine "causa" in dem oben bezeichneten Sinn. Die "causa solvendi" hat ihren systematischen Ort nicht in der Rechtsgeschäftslehre, sondern im Recht der Leistungskondition²⁾. Die herrschende Lehre sieht sie jedoch als entgeltliches Kausalgeschäft an.

Entgelt einer Erfüllungsleistung soll nach der h.M. sein: die Befreiung des Schuldners von seiner Schuld. Danach müßte auch die Erfüllung eines Schenkungsversprechens eine entgeltliche Leistung sein. Diese Auffassung könnte sich anscheinend sogar auf das Gesetz stützen: In § 2113 Abs.2 heißt es nämlich: Unwirksam ist auch eine Verfügung, "die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechen erfolgt". Also scheint das Gesetz diese Erfüllung nicht als unentgeltlich anzusehen. Dieser Schluß ist allerdings zweifelhaft. Offenbleiben muß nämlich, ob das Gesetz wirklich so weit greifende dogmatische Festlegungen treffen wollte oder ob es nur den schon damals schwebenden Streit um die Einordnung der Erfüllung insoweit die Spitze brechen wollte, daß es - unabhängig vom Ergebnis dieser Streitfrage - die Wirkungen des § 2113 Abs.2 auch auf die Erfüllung des Schenkungsversprechens angewendet sehen wollte. Die h.I. jedenfalls vermeidet diesen Rückgriff auf § 2113, vermeidet aber auch, die Erfüllung des Schenkungsversprechens als entgeltlich zu bezeichnen. In diesem Falle will man eine Ausnahme machen³⁾.

1) Esser, SchR II S.17 f.

2) Esser, SchR II S.17

3) Vgl. Anm.1 und 3 S.32 d.A.

Das ist zumindest inkonsequent. Gegen die h.L. spricht noch folgende Überlegung: Sieht man in der Erfüllung ein entgeltliches Geschäft, so leistet der Gläubiger zweimal: die ursprüngliche Gegenleistung und das Freiwerden des Schuldners von seiner Verpflichtung zur Leistung. Das ist kein sehr sinnvolles Ergebnis.

Aber auch die Anbindung der Erfüllung an das Kausalgeschäft, wie das Stampe versucht hat, bereitet Schwierigkeiten. Gegen diese Ansicht führt Liebisch ins Feld, sie könne die Erfüllung gesetzlicher Verbindlichkeiten nicht befriedigend erklären und müsse hier auf die Konstruktion der "Befreiung des Schuldners von seiner Schuld" als Äquivalent zurückgreifen¹⁾. Er will deshalb die Ansicht Jaegers aufnehmen, der die Erfüllung grundsätzlich für entgeltlich hält, bei der Schenkung davon aber eine Ausnahme machen will²⁾.

Soweit die Lehre die Erfüllung gesetzlicher Verbindlichkeiten für entgeltlich erklärt, ist der Vorwurf des konstruktiven Widerspruchs, den Liebisch erhebt, gerechtfertigt; denn der "Schuldner" erbringt eine Leistung, der keine Gegenleistung des Empfängers gegenübersteht. Aber auch der Erklärungsversuch von Liebisch kann nicht befriedigen. Vielmehr ist die Erfüllung gesetzlicher Verbindlichkeiten weder entgeltlich noch unentgeltlich. Beides sind nämlich Kategorien, die nur im Privatrechtsverkehr Sinn haben können. Auf das Verhältnis zwischen Bürger und Staat sind sie dann nicht anwendbar, wenn der Staat kraft seiner Rechtsetzungsbefugnis dem Staatsbürger Pflichten auferlegt; ob das nun die Zahlung von Steuern ist oder die Gewährung von Unterhalt. Die Erfüllung gesetzlicher Verbindlichkeiten muß deshalb bei der Beantwortung unserer Frage außer Betracht bleiben.

Entscheidend gegen Stampe spricht aber, daß die Leistung zwecks Erfüllung doch das Erlöschen der Verpflichtung zur Erfüllung bewirkt. Solange man in der Entgeltkategorie bleibt, bleibt es unbefriedigend, ein solches Ergebnis als

1) Zuwendungen, S.41 .

2) Jaeger, KO (5.Aufl.) 1916, § 31 Anm.21; § 32 Anm.3 f.

unentgeltlich zu bezeichnen, falls es sich um die Erfüllung eines unentgeltlichen Grundgeschäftes handelt; denn immerhin hat der Schuldner für die Erfüllungsleistung etwas erlangt. Ebensowenig kann man aber die Erfüllung eines unentgeltlichen Grundgeschäftes als entgeltliches Geschäft bezeichnen. Als Lösung bietet sich deshalb nur an, die Erfüllung aus der Entgeltkategorie völlig herauszunehmen. Dieses Ergebnis entspricht wiederum dem schon oben vorgenommenen Resultat. Die Erfüllungsleistung ist - da kein Austauschgeschäft - weder entgeltlich noch unentgeltlich; sie ist auch kein causales Geschäft i.S. der oben gegebenen Definition.

- b) Die Sicherheitsleistung gibt es in verschiedenen Variationen: Einmal kann sie gleichzeitig mit dem Grundgeschäft vorgenommen werden oder erst später. Es kann der Schuldner Sicherheit leisten oder ein Dritter. Der Dritte wiederum kann - nach Inanspruchnahme - beim Schuldner Rückgriff nehmen oder nicht. Außerdem stellt sich die Sicherheitsleistung vom Standpunkt des Gläubigers anders dar als von dem des Schuldners. Um Klarheit zu gewinnen, muß man diese Fragen gesondert untersuchen.
- aa) Wird die Sicherheitsleistung zusammen mit dem Grundgeschäft vorgenommen, so ist sie in der Regel unabdingbare Voraussetzung für die Bestandskraft des Grundgeschäftes, sei es, daß z.B. das Darlehen erst nach Sicherheitsleistung ausgezahlt wird, sei es, daß eine Rückzahlungsklausel vereinbart ist, für den Fall nicht rechtzeitiger Sicherheitsleistung. In einem solchen Fall liegt es nahe, die Beurteilung der Sicherheitsleistung an die des Grundgeschäftes anzulehnen, da beide eine Einheit bilden. Das ist der Gedanke, den Stampe ausgesprochen hat. Unmöglich dagegen scheint es hier, wenn man die Entgeltkategorie überhaupt anwenden will, für die Sicherheitsleistung zu einem anderen Ergebnis zu kommen, als für das Grundgeschäft. Bleibt die Frage, ob Entgeltfragen ins Spiel gebracht werden dürfen.
- Gegenleistung der Darlehenshingabe ist die Zinsleistung. Der Rückforderungsanspruch ist keine echte Gegenleistung,

sondern nur notwendige Konsequenz der Tatsache, daß das Geld, um genutzt werden zu können, dem Darlehensnehmer zu Eigentum übertragen werden muß. Die Richtigkeit dieser Überlegung zeigt sich am unentgeltlichen Darlehen, bei dem zwar auch der Rückforderungsanspruch besteht (wie beim entgeltlichen), nicht aber die Zinsforderung. Die Sicherheitsleistung soll lediglich die Erfüllung dieses Darlehnsgeschäftes, die Zinszahlung oder Amortisation gewährleisten. Sie ist also nur eine "flankierende" Maßnahme. So betrachtet ist sie nichts anderes als eine besondere vertragliche Vereinbarung - ein Vertragspunkt neben vielen anderen, die auch die Absicherung des Vertragsgefüges erreichen wollen, ohne doch die eigentliche Entgeltbeziehung zu beeinflussen. So wenig wie die vertragliche Festlegung eines bestimmten Lieferzeitpunktes eine besondere entgeltliche Leistung ist, so wenig die Sicherheitsleistung. Sie dient nur der Absicherung der Hauptleistung und ist daher nur eine besondere Modalität des Vertrages, nicht selbständiger Entgeltakt, wie das v.Caemmerer richtig erkannt hat¹⁾. Sie ist auf dasselbe gerichtet wie die vertragliche Erfüllungspflicht und kann daher jedenfalls keine eigene Entgeltstruktur haben - selbst, wenn der Sicherheitsleistung des Schuldners eine Konzession des Gläubigers gegenübersteht.

Andererseits ist die Sicherheitsleistung soweit von dem Grundgeschäft gelöst, weil nicht immer notwendig mit ihm verbunden, daß es nicht angeht, sie in die Entgeltstruktur des Grundgeschäftes einzubeziehen. Als Modalität des Vertrages ist sie eine neutrale Verfügung, die bei jeder Art von "Austauschgeschäften" vorkommen kann. Und als "Modalität" ist sie kein eigenes Kausalgeschäft, das dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft "aufgepfropft" ist; vielmehr spielen bei der Sicherheitsleistung des Schuldners an den Gläubiger "causa"-Fragen keine Rolle.

- bb) Wird die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung erst nach Invollzugsetzung des Grundgeschäftes eingegangen, so ist

1) Festschrift für Lewald, S.449

sie jedenfalls nicht Teil dieses Grundvertrages, sondern Ergebnis gesonderter Verhandlungen. Insoweit wäre eine gesonderte Betrachtung nicht ausgeschlossen. Da aber ein Schuldner nur selten freiwillig Sicherheit leistet, wird er es nur tun, um damit ein bestimmtes Verhalten des Gläubigers zu erreichen. So z.B. Sicherheit gegen Stundung oder Sicherheitsleistung gegen Prolongierung, Sicherheitsleistung gegen Aufschub der Zwangsvollstreckung u.a.m. Dieses wechselseitige Geben und Nehmen läßt an ein entgeltliches Geschäft denken, jedenfalls nie an ein unentgeltliches.

Mittelpunkt der Vereinbarung ist nach wie vor die ursprüngliche Leistungsverpflichtung. In ihrer Abwicklung drohen gewisse Störungen, die abgesichert werden sollen. Oder aber: der ursprüngliche Leistungsplan erfährt Randberichtigungen. Der Kern des Planes, die bestimmte Leistungshandlung bleibt erhalten, aber die Art und Weise, wie sie u.U. erbracht werden soll, wird geändert. Demnach ist die Sicherheitsleistung auch hier so entschieden auf das Grundgeschäft bezogen, daß sie nach wie vor als Modalität dieses Geschäftes angesehen werden muß und damit keiner eigenen Entgeltbeurteilung unterliegen kann.

Es bleibt deshalb festzuhalten: die Änderung von Leistungsmodalitäten ist zwischen Gläubiger und Schuldner nie ein Rechtsgeschäft, das einer gesonderten Entgeltbeurteilung unterliegen kann.

- cc) Wird durch einen Dritten dem Gläubiger Sicherheit geleistet, so stellt sich für den Gläubiger die Situation genau so dar, wie wenn ihm der Schuldner Sicherheit geleistet hätte. Für ihn, d.h. für das Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Gläubiger kann daher nichts anderes gelten, wie für das zwischen Gläubiger und Schuldner.
- dd) Problematisch ist die Frage nur für das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten. Die h.L. verneint die endgültige Vermögensbereicherung, da der Sicherheitsleistende entweder nicht in Anspruch genommen werde, oder wenigstens ein Rückgriffsrecht gegen den Schuldner habe. Damit ist

zwar - zu Recht - die Schenkung verneint, nicht aber die Unentgeltlichkeit schlechthin.

Zwischen Drittem und Schuldner liegt ein ganz eigener Vertrag vor, der neue rechtliche Beziehungen herstellt. Hier geht es nicht nur um die Randberichtigung, um die Modalität des Vertrages: Banken z.B. stellen als berufsmäßige Geldgeber häufig Sicherheiten und lassen sich dafür entsprechend honorieren. Einzige Zweckvereinbarung dieses Geschäftes ist: Die Sicherheit der Bank auf der einen Seite und die Zahlung eines Betrages durch den Sicherungsnehmer auf der anderen. Zwar besteht auch hier noch ein Bezug zum Grundgeschäft. Aber diese Vereinbarung bewegt sich nicht innerhalb des Grundvertrages, sondern hat ganz eigene Leistungsbeziehungen und Leistungsparteien. In einem solchen Fall muß man eine eigene causa, die der Sicherheitsleistung, anerkennen. Gleichzeitig kann man nicht umhin, nun die Entgeltfähigkeit eines solchen Geschäftes zu bejahen.

ee) Bleibt die Frage, ob die Sicherheitsleistung dem Schuldner gegenüber auch Schenkung sein kann?

Der BGH hat dies für möglich gehalten, falls der Sicherheitsleistende auf den Rückgriff verzichtet und eine Erfüllungsübernahme vorliegt¹⁾. Mir scheint: zu Recht; denn nun setzt der Dritte seine Leistung an die Stelle der schuldnerischen Leistung und versperrt sich die Möglichkeit, beim Schuldner Regreß zu nehmen. Damit steht endgültig fest, daß es bei ihm zu einer von ihm gewollten Vermögensentreichung kommen wird. Von der Struktur dieses Geschäftes her handelt es sich dabei nicht mehr um eine Sicherheitsleistung, als um "eine Absicherung für den Fall, daß ...", sondern um eine echte Schenkung. Diese Sicherheitsleistung ist genauso wenig Sicherheitsleistung, wie die "societas leonina" Gesellschaft. Auch in diesem Fall liegt also eine echte Kausalvereinbarung vor, die die "Sicherheitsleistung" zu einem unentgeltlichen Geschäft stempelt.

1) BGH LM § 516 Nr.2

- c) Manche Ähnlichkeit mit den Sicherheitsleistungen weisen die Treuhandgeschäfte auf. Allerdings gilt dies vor allem für die eigennützige Treuhand, die Sicherungstreuhand. Daneben gibt es noch die (uneigennützige) Verwaltungstreuhand, bei der nicht die Sicherungsfunktion im Vordergrund steht, sondern die Möglichkeit verdeckter Stellvertretung¹⁾.
- aa) Die eigennützige Sicherungstreuhand ist eine "Erweiterung der durch die zwingenden Normen des Sachenrechts beschränkten Kreditsicherungsmöglichkeiten"²⁾. Als Sicherungsgeschäft ist sie Bestandteil eines anderen Kausalgeschäftes, wie z.B. eines Darlehens. Daher müssen für die Sicherungstreuhand dieselben Regeln gelten, wie für alle anderen Sicherheitsleistungen auch; es gelten daher die unter b) erarbeiteten Grundsätze.
- bb) Der Verwaltungstreuhand liegt regelmäßig ein Auftrag oder ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde. Damit zeigt sich schon, daß jedenfalls der zugrunde liegende Vertrag entweder entgeltlich oder unentgeltlich ist: Entweder wird der Treuhänder für seine Vertretung bezahlt oder nicht. Esser will das Treuhandgeschäft aus der Entgeltkategorie herausnehmen³⁾, anerkennt aber gleichzeitig, daß die Treuhandbindung das "sachliche Charakteristikum der Geschäftsbesorgungsverträge" sei⁴⁾. Grundlage der treuhänderischen Übereignung ist also ein typisierter Geschäftsbesorgungsvertrag, der nur in seiner sachenrechtlichen Wirkung weiter geht, als in seiner schuldrechtlichen. Darin hat die Verwaltungstreuhand eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Darlehen. Der Zweck des Darlehens kann nur dadurch erreicht werden, daß der Darlehensnehmer das Eigentum an dem Kapital bekommt, das er nutzen darf. Nach dem Willen der Parteien ist er nach außen hin der Eigentümer des Kapitals. Im "Innenverhältnis" ist er zur Rückgabe verpflichtet. Diese gemeinsamen Kriterien, die die beiden Rechtsinstitute

1) Esser, SchR II S.19

2) Esser, SchR II S.19

3) Esser, SchR II S.18

4) Esser, SchR II S.182

trotz aller sonstigen Verschiedenheit verbindet, gibt den entscheidenden Ansatzpunkt für eine Einordnung der Verwaltungstreuhand in die Entgeltkategorie. Die Übereignung des Treugutes gehört ebensowenig in die Entgeltbeurteilung, wie die Übereignung des Darlehnskaptals. In beiden Fällen besteht die Pflicht zur Rückgabe, bzw. Zurückerstattung eines Betrages derselben Höhe. Der dieser Übereignung zugrunde liegende Kausalvertrag unterliegt aber voll der Frage, ob er entgeltlich ist oder nicht. Die Verwaltungstreuhand ist zwar eine im Gesetz nicht geregelte "causa"¹⁾, aber sie unterliegt der Entgeltbeurteilung ebenso wie die gesetzlich "vertypen" sonstigen Gegenleistungsgeschäfte.

Als Ergebnis kann man daher festhalten:

Entgeltlich oder unentgeltlich sind nur potentielle Austauschgeschäfte (Grundgeschäfte). Vergleiche, die ja auch keine Grundgeschäfte, sondern nur Hilfgeschäfte (wenn auch im weiteren Sinne) darstellen, zur Bereinigung einer "verfahrenen" Vertragssituation, scheiden damit ebenfalls aus der Entgeltbeurteilung aus.

VI. Die unentgeltliche Verfügung

Im Rahmen des hier unter B zu untersuchenden Teils des Schuldrechts gebraucht das Gesetz den Begriff der unentgeltlichen Verfügung nicht. Rechtsprechung und Lehre verwenden ihn aber - insbesondere im Schenkungsrecht - sehr häufig. Da er uns auch noch in den anderen Untersuchungsabschnitten beschäftigen wird, muß er zum Vergleich auch im Schuldrecht werden.

1. Der rechtstechnische Begriff "Verfügung" wird erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts verwendet. Als erstes Reichsgesetz nimmt ihn die Konkursordnung von 1877 auf. Bekker steht diesem neuen Begriff noch 1886 sehr skeptisch gegenüber. Er hält ihn für mangelhaft und "zu unbestimmt". Er spricht statt dessen lieber von "Zuwendungen i.w.S.". Darunter versteht er "alle Rechtsübertragungen in ein Vermögen, die von dem Übertragenden beabsichtigt sind, auch wenn sie

1) Esser, SchR II S.19

nicht durch Rechtsgeschäft bewirkt werden¹⁾. Einige Jahre früher verwendete man statt der "Verfügung" den Begriff "Veräußerung": Savigny verlangte als Voraussetzung jeder Schenkung die "Veräußerung"²⁾. Sie sei nur gegeben, wenn der Umfang der Vermögensrechte geändert werde. Das Unterlassen der Vermögensmehrung sei aber keine "Veräußerung". Daher seien z.B. Auftrag, Verwahrung und Leihe keine Veräußerungen. Diese Regel gelte aber nicht, falls eine Wohnung verliehen werde, falls ein berufsmäßiger Lagerverwalter ausnahmsweise unentgeltlich einen Gegenstand verwahre³⁾. Dagegen solle sie schon gelten, falls ein geschäftsmäßiger Darlehensgeber ausnahmsweise ein Darlehen unentgeltlich vergebe⁴⁾. Die Pandektisten nehmen diese Sprachregelung Savignys auf. Arndts z.B. bezeichnet die Veräußerung i.w.S. als "eine Handlung von Seiten eines Berechtigten, welche auf Endigung eines Rechts, insbesondere eines Vermögensrechts ganz oder theilweise, oder auf Beschränkung desselben durch ein Recht eines ander gerichtet ist"⁵⁾. - Auch das Zulassen eines abwendbaren Rechtsverlustes falle noch darunter. Dagegen versteht er unter Veräußerung im engeren Sinn "das Aufgeben eines Rechts, das mit dessen Übertragung an einen Anderen verbunden ist, oder auch Einräumung eines daselbe beschränkenden Rechts"⁵⁾. Auch Windscheid kennt einen weiteren und engeren Begriff der Veräußerung⁶⁾. Unter letzterem versteht er jedes Rechtsgeschäft, durch das jemand

-
- 1) Pand.II S.174. Bei Wendt, Pandekten, kommt der Begriff "Verfügung" nur im prozessualen Sinn vor, S.204 f.
 - 2) System IV S.24 ff.; häufig wurde statt des deutschen Wortes der lateinische Ausdruck "alienatio" gebraucht.
 - 3) a.a.O. S.35
 - 4) a.a.O. S.34 f.
 - 5) Pand.I S.318
 - 6) Pand.I S.179; Ähnlich Brinz, Pand.II S.1543 und Sintenis I S.200 Anm.4
Windscheid unterscheidet schließlich noch einen weiteren Begriff der Veräußerung, nämlich: Jede willentliche Herbeiführung des Verlustes eines Rechts, wenngleich das den Verlust Begründende etwas anderes sei, als die Willenserklärung des Verlierenden.

ein ihm zustehendes Recht auf einen anderen überträgt. Im weiteren Sinn falle darunter jede Aufgabe eines Rechts, auch wenn damit nicht die Übertragung an einen anderen verbunden sei. Bei der Behandlung der Schenkung geht er aber auf diesen Begriff nicht mehr ein. Dort erwähnt er nur noch die Zuwendung als notwendige Voraussetzung jeder Schenkung¹⁾. Puchta hingegen verwendet noch in der 10. Auflage (1893) bei der Schenkung ausschließlich den Begriff der Veräußerung²⁾. Er versteht darunter jedes absichtliche Ausscheiden eines Bestandteils aus dem Vermögen. Er kennt allerdings noch eine Veräußerung im engeren Sinn, die nur dann gegeben sei, wenn dem Vermögensverlust eine Vermehrung von fremdem Vermögen gegenüberstehe. Berücksichtigt man diese Aussagen, so kann man feststellen, daß der heutige Begriff der Verfügung sich mit dem der "Veräußerung im weiteren Sinn" deckt.

2. Im Gesetzgebungsverfahren wird der Begriff der "Verfügung" unbedenklich gebraucht, ohne daß man den Versuch macht, ihn näher zu definieren. Auch die unentgeltlichen Verfügungen werden erwähnt; die Frage, ob es sich dabei um Verfügungen aufgrund unentgeltlichen Kausalgeschäftes handelt, wird nicht geprüft³⁾.
3. Nach Inkrafttreten des BGB hat sich ein fester Verfügungsbegriff herausgeschält. Man versteht darunter jedes Rechtsgeschäft, das auf den Bestand eines Rechts unmittelbar einwirkt, sei es, daß ein bestehendes Recht unmittelbar übertragen, inhaltlich geändert, belastet oder aufgehoben wird⁴⁾. Man ist sich im allgemeinen klar darüber, daß dabei die Verwendung der Bezeichnung "unentgeltliche Verfügung" nur ein Kürzel darstellt für "Verfügungen aufgrund unentgeltlichen Kausalgeschäftes"⁵⁾. Diese Frage bereitet also kei-

1) a.a.O. S.278

2) Pand. II S.49 ff.

3) Prot. II S.4 ff.

4) Larenz, AT S.324; Palandt-Danckelmann, Überbb vor § 104

5) Vgl. Larenz a.a.O. S.332

nerlei Schwierigkeiten. Eine gewisse Problematik könnte darin gesehen werden, daß verschiedentlich auch das Verleihen einer Wohnung oder ein ähnlicher substantieller Eingriff als Schenkung behandelt wird¹⁾. Bedenkt man dabei, daß im Schenkungsrecht häufig von unentgeltlichen Verfügungen die Rede ist, so könnte man meinen, einige Autoren wollten schon hier die Leihe als Verfügung behandeln - ähnlich wie im Bereicherungsrecht (dazu unten). Aber diese Konsequenz wird nicht gezogen. Man kann das deshalb vermeiden, weil § 516 BGB nicht von unentgeltlichen Verfügungen, sondern von unentgeltlichen Zuwendungen spricht. Und eine Zuwendung stellt nach ganz h.L. die Leihe auf jeden Fall dar²⁾.

VII. Die unentgeltliche Zuwendung

1. Im Schuldrecht ist sehr häufig von unentgeltlichen Zuwendungen die Rede. Arndts wie auch Winscheid verstanden zwar bereits die "Schenkungen im weiteren Sinn" (also allen unentgeltlichen Geschäften) als unentgeltliche Zuwendung eines vermögensrechtlichen Vorteils³⁾; darunter sollten wohl auch - obwohl das nicht ausdrücklich betont wurde - Leihe, Darlehen, Verwahrung fallen. Dennoch fehlte auch bei ihnen irgendein Abgrenzungsversuch der "Zuwendung". Noch 1889 konnte Bekker unwidersprochen feststellen: Der Name 'Zuwendungen' sei bisher mit einem bestimmten Begriff noch nicht fest verbunden⁴⁾. Er unterschied drei verschiedene Zuwendungsbegriffe: Der engste umfasse alle Rechtsgeschäfte, die den Übergang eines Rechts aus einem Vermögen in das andere bewirken, sofern einander entsprechende Willenserklärungen gegeben werden. Der weitere umfasse alle einseitigen, beabsichtigten Rechtsübertragungen in ein anderes Vermögen, auch wenn das ohne Rechtsgeschäft geschehe;

1) A.v.Tuhr, AT III S.156; Enneccerus-Lehmann, SchR § 343 I 2; Dernburg, SchR § 205 II 2; Oertmann, Komm. § 516, 3; vgl. Larenz, SchR II S.125 Anm.4; außerdem unten § 5 I S.112 ff.

2) Dazu VII 1. und 3.

3) Arndts, Pand. S.123; ebenso Wächter, Pand. II S.432; Winscheid, Pand. II S.548

4) Pand. II S.145 ff.

der weiteste schließlich beziehe sich auf alle erlaubten Handlungen, mittels deren der Handelnde einem anderen absichtlich einen geldwerten Vorteil verschaffe, also auch Dienstleistungen, Dressur von Tieren u.a.m.¹⁾.

Die Zuwendungen selbst sind seiner Ansicht nach wertneutral, abstrakt; sie können entgeltlich oder unentgeltlich vorgenommen werden. Dennoch sieht er als ein Wesensmerkmal der Zuwendungen das "eigentümliche Abhängigkeitsverhältnis, in welcher dieselben zur 'Causa' stehen"²⁾. Im Schenkungsrecht definierte er dann: "Schenkung ist beabsichtigte unentgeltliche Zuwendung"³⁾; dabei verwendete er den engen Zuwendungsbegriff, setzte also Vermögensübergang voraus.

Burckhard schließlich erwähnt in seiner Untersuchung der Schenkung laufend den Begriff der Zuwendung⁴⁾. Er verwendete ihn im Zusammenhang mit der Verwahrung, dem Auftrag, der Leihe und dem unverzinslichen Darlehen⁵⁾, die er als selbständige Geschäftstypen sah: zwar unentgeltliche Zuwendungen, aber nicht zum Schenkungsrecht gehörig. Im Schenkungsrecht will er nur "Vermögenszuwendung" gelten lassen. Er will die Zuwendung aber anscheinend schon dann bejahen, wenn nur eine klagbare Schenkungsforderung entstanden ist⁶⁾, also schon bei Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes die Zuwendung bejahen. Dem widerspricht allerdings, daß er unentgeltliche Verfügung und unentgeltliche Zuwendung eines Vorteils anscheinend ganz zwanglos nebeneinander verwendet⁷⁾.

2. In der zweiten Kommission wird die Schenkung nun als unentgeltliche Zuwendung definiert; dennoch wird nie der Versuch unternommen, festzustellen, was man eigentlich unter Zuwendungen verstehen soll.

1) Pand.II S.145 ff.

2) a.a.O. S.147 f., 150

3) a.a.O. § 102

4) Schenkung, S.122 ff., S.19, 24 ff., 33, 39 ff.

5) S.33/34; S.36 unter o.

6) S.40

7) S.75

3. Das 20. Jahrhundert übernimmt im wesentlichen die Ergebnisse, die in ersten Annäherungsversuchen im Gemeinen Recht erarbeitet wurden.

a) In der Lehre haben sich vor allem A.v.Tuhr und Liebisch mit der Begriffsbestimmung der "Zuwendung" auseinandergesetzt. A.v.Tuhr versteht unter einer Zuwendung zunächst jedes Rechtsgeschäft, "durch welches jemand, A, einem anderen, dem B einen Vermögensvorteil verschafft"¹⁾. Dabei können Zuwendungen nach seiner Ansicht auf sehr verschiedene Art und Weisen vorgenommen werden. Einmal durch Verfügungsgeschäfte. Darunter versteht er Verfügungen im technischen Sinne des Gesetzes; daneben aber auch den Verzicht auf Einreden²⁾. Ferner können Zuwendungen durch Rechts- und Tathandlungen erfolgen, die der Verfügung ähnliche Wirkungen haben. So soll eine Zuwendung möglich sein durch eine Unterlassung, wie z.B. die Nichtunterbrechung der Ersitzung oder der Verjährung; aber auch die Prozeßführung könne benutzt werden, um einem anderen etwas zuzuwenden. Schließlich sei auch eine Vorteilsverschaffung eine Zuwendung: So die Überlassung des Gebrauchs einer Sache oder die Erweisung von geldwerten Arbeitsleistungen. Er präzisiert deshalb seinen Zuwendungsbegriff folgendermaßen:

"Eine Zuwendung erfolgt aus dem Vermögen des Zuwendenden oder aus seiner (nicht zum Vermögen gehörenden) physischen oder geistigen Arbeitskraft"³⁾.

Liebisch baut auf dieser Ansicht A.v.Tuhrs in seiner Habilitationsschrift "Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht" auf und dehnt ihn weiter aus. Er vertritt die Auffassung, daß Zuwendungen sind: "Alle erlaubten Handlungen, durch die jemand einem anderen einen Vorteil verschafft"⁴⁾. Darunter sollen Dienst- und Arbeitsleistungen wie z.B. eine ärztliche Behandlung oder der Rat eines Rechtsanwaltes

1) A.v.Tuhr, AT III S.49

2) a.a.O. S.51

3) a.a.O. S.60

4) Liebisch, Zuwendungen, S.19

ebenso fallen, wie das Unterlassen einer Einrede; ja sogar das Unterlassen der Mitsteigerung auf einer Auktion¹⁾). Die h.L., die sich bei der Erörterung des Begriffes der Zuwendung stets auf A.v.Tuhr und Liebisch stützt, ist aber im Unterschied zu diesen Autoren der Auffassung, daß eine Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwenders in das Vermögen des Empfängers übergehe. Auf die unterschiedlichen Auffassungen wird von der h.L. soweit ersichtlich nirgendwo eingegangen²⁾).

Larenz beschränkt die entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäfte ausschließlich auf Zuwendungsgeschäfte³⁾. Er unterscheidet sich von den genannten Autoren, da er auch in der Eingehung einer Leistungspflicht, der Verschaffung eines Forderungsrechts eine Zuwendung sieht. Er nimmt aber die allgemeine Überzeugung auf, daß es entgeltliche und unentgeltliche Zuwendungen gebe⁴⁾. Diese Ansicht, die A.v.Tuhr besonders ausführlich begründet hat, hat die h.L. kritiklos übernommen⁵⁾.

- b) Nur ganz vereinzelt will man den Begriff der Zuwendung auf freiwillige⁶⁾ oder unentgeltliche Zuwendungen beschränken. So spricht Strutz von der Zuwendung als einer "freiwilligen Leistung"⁷⁾ und Stampe sieht in der Zuwendung die unentgelt-

1) a.a.O. S.10

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schr S.488 = § 120 I; Larenz, AT S.331 = §24 I e; Lehmann, AT S.145; Palandt-Danckelmann, Einl.3e zu §§ 104 ff.; RGRK-Kuhn § 516 Anm.5; RGRK-Wilde, § 330 Anm.5; Soergel-Ballerstedt, § 516 Anm.12; Staudinger-Coing, Einl.56 zu §§ 104 ff.; Staudinger-Ostler, § 516 Anm.2 ff.; Staudinger-Felgentraeger, § 1375 Anm.18

3) AT S.331

4) Cosack, Schr S.161; Palandt-Danckelmann, Überbl.3 e vor § 104; RGRK-Kuhn, § 516 Anm.1

5) A.v.Tuhr III S.136 ff.

6) Kommentar zum KStG S.146

7) Das Merkmal der Freiwilligkeit wird sehr häufig im Zusammenhang mit der Unentgeltlichkeit verwendet. Als unterscheidendes Kriterium ist es aber unbrauchbar: Eine Leistung, die auf Grund eines Schenkungsversprechens erbracht wird, ist zwar unentgeltlich, aber nicht freiwillig.

liche Verschaffung eines sozialen Wertes¹⁾. Auch Planck ist der Auffassung, der allgemeine Begriff der Zuwendung umfasse nur die freiwillige Verschaffung eines Vorteils²⁾. Diese Mindermeinung beruft sich auf den allgemeinen Sprachgebrauch.

4. Im Rahmen des Schuldrechtes spricht das Gesetz zweimal von unentgeltlichen Zuwendungen: In § 330 S.2 und § 516. Beide Male geht das Gesetz davon aus, daß bereits der Abschluß des Vertrages die unentgeltliche Zuwendung darstellt. Für § 330 S.2 ergibt es sich aus der Formulierung, die auf S.1 Bezug nimmt. Dort wird auf den Abschluß des Vertrages abgestellt. Für § 516 ergibt sich dies aus der Vertragsnatur der Schenkung der der stets erforderlichen Einigung über die Unentgeltlichkeit. Da sie schon bei Vertragsschluß vorliegen und die Zuwendung umfassen muß, muß man bereits in der (unentgeltlichen) Einräumung des Forderungsrechtes die Zuwendung sehen.
- a) Hingegen gibt es im Gesetz nirgendwo eine Andeutung über entgeltliche Zuwendungen. Rechtsprechung und Lehre, die wie selbstverständlich von der Notwendigkeit entgeltlicher Zuwendungen ausgehen, machen auch nie den Versuch, sich auf das Gesetz zu berufen³⁾. Geht man von dem normalen Sprachgebrauch aus, so muß man den Bereich der Zuwendungen auf unentgeltliche Geschäfte beschränken: Wer einem anderen etwas zuwendet, will ihn bereichern. Im Rahmen eines Austauschgeschäftes jedoch wollen die Parteien einen Gegenwert erhalten. Eine Bereicherung des Geschäftsgegners wird dabei allenfalls ungern in Kauf genommen, nie aber in den Mittelpunkt des Geschäftes gestellt.
- b) Überprüft man die Haltung der h.L., so geht sie im Grunde immer von unentgeltlichen Zuwendungen aus: Zuwendung soll nur sein die Verschaffung eines Vermögensvorteils bzw. die Verschaffung irgendeines Vorteils⁴⁾. Diese Definition deckt sich nicht mit dem Wesen der Austauschgeschäfte, die nach h.L. von dem Prinzip des gerechten Ausgleichs beherrscht sind⁵⁾, also

1) Grundriß der Wertbewegungslehre I. Teil S.9 Anm.1

2) Kommentar (2.Aufl.) § 2315 Anm.3a

3) Vgl. dazu A.v.Tuhr und Liebisch

4) Vgl. Anm.2 auf S.47

5) Dazu unten § 2 III und IV

nicht dem des Vorteils auf einer Seite. Die Definition der h.L. läßt sich vertreten, wenn man die Austauschgeschäfte in einseitige Geschäfte zerlegt und gesondert betrachtet. Dann könnte man bei einem Kaufvertrag davon sprechen, daß der Verkäufer dem Käufer einen Vermögensvorteil in Gestalt der Ware und der Käufer jenem einen Vorteil in Gestalt des Kaufpreises "zuwendet".

Das Gesetz selbst fördert in gewisser Weise eine solche einseitige Betrachtungsweise, da sich gegenseitige Verpflichtungen in einem Austauschgeschäft in Grenzen unabhängig voneinander entwickeln können. Vom Ergebnis her gesehen - nämlich von der Vermögensbereicherung - unterscheiden sich dann die "unentgeltlichen Zuwendungen" im gesetzestechnischen Sinn und die einseitig betrachteten Zuwendungen (der h.L.) im Rahmen eines Austauschgeschäftes nicht. Freilich muß bei einer Gesamtschau des Austauschgeschäftes als Verbindung von Leistung und Gegenleistung auf die "gewollte Vermögensbereicherung der Zuwendung" wieder verzichtet werden. Ein Gegenleistungsvertrag ist also in seiner Gesamtheit nie eine Zuwendung.

Wenn man diese Parallelen berücksichtigt, dann kann man beide Male von Zuwendungen sprechen. Man muß dabei aber berücksichtigen, daß der engere, vom Gesetz benutzte und dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechende Begriff der "unentgeltlichen Zuwendung" ist.

§ 2 Die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung

Immer wieder untersucht wurde die Frage, inwieweit sich aufgrund der rechtlichen Verknüpfung von Leistung und "Gegenleistung" sagen läßt, ob es sich um ein entgeltliches Geschäft handelt oder nicht, Genauer: In welchem rechtlichen Zusammenhang eine "Gegenleistung" stehen muß, um Entgelt zu sein. Oder: Welche rechtliche Verknüpfung darf nicht bestehen, wenn eine Leistung als unentgeltlich angesehen werden soll?

Geprüft wird dabei insbesondere, ob sich die entgeltlichen Geschäfte nur im Rahmen von gegenseitigen Verträgen bewegen oder ob auch konditionale oder causale Abhängigkeit einer "Gegenleistung" genügt, um den Tatbestand der Entgeltlichkeit zu erfüllen.

Als Abgrenzungsfälle kommen dabei in Betracht die Erfüllung der Auflage, bei der eine Rechtsverbindung zur Leistung besteht, die Behandlung der remuneratorischen Schenkung und der nachträglichen Vergütung, sowie die Leistungen, die in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erbracht werden. Bei diesen Instituten ist die rechtliche Verknüpfung teils nicht vorhanden, teils fraglich oder schwierig zu begründen.

I. Die Ansichten im Gemeinen Recht

1. Im 19. Jahrhundert wurde dieser Problemkreis nur selten ausdrücklich untersucht. Die tatsächliche Haltung der **gemeinrechtlichen Literatur läßt sich** deshalb nur an ihren Antworten auf die oben angedeuteten Fragen herausarbeiten.

Nur vereinzelt wurde die Entgeltlichkeit auf den gegenseitigen (damals zweiseitigen) Vertrag beschränkt, auf das Prinzip des "do ut des". Meyerfeld etwa sah den entscheidenden Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit darin, daß die Vermögenszuwendung erfolgt sei, ohne daß man vorher etwas erhalten habe, zu dessen "Vergeltung" man damals juristisch verbunden worden wäre¹⁾, bzw. daß man leistet, ohne eine Gegenleistung zu empfangen oder zu verlangen. Das ist zwar eine Andeutung einer Beschränkung auf den gegenseitigen Vertrag. Mayerfeld selbst vertiefte die Frage nicht und zog daraus auch keine Konsequenzen. Savigny berührte diese Frage nicht näher. Er räumte die Möglichkeit einer nachträglichen Vergütung ein und sah die Trennung zur belohnenden Schenkung vor allem im Willen des Zuwenders²⁾. Das ist die Anerkennung einer kausalen Verknüpfung. Genauer war anscheinend Brinz. Bei der Beurteilung, ob es sich um eine remuneratorische Schenkung oder um einen entgeltlichen Vertrag handle, komme es darauf an, ob "iure cogente" vergolten werden mußte³⁾. Das wäre eine Verneinung der bloß kausal abhängigen Gegenleistung. Aber er ging der Frage nicht näher nach; bei der Behandlung der "zweiseitigen" Verträge erwähnte er

1) Schenkung, zit.nach Burckhard, Schenkung, S.89

2) System IV S.93

3) Pand.II S.1545

sie nicht mehr¹⁾. Sintenis hielt bei der Behandlung der Schenkungen nur für entscheidend, daß der andere gegen den Vorteil, den ihm der Schenker zuwendet, nichts leistet²⁾. Damit anerkannte er die nachträgliche Vergütung und somit die causale Abhängigkeit der Gegenleistung. Auch Arndts legte keinen Wert auf die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen³⁾. Ihm genügte, wenn jemand "wenigstens mittelbar durch Bedingung" zu einer Handlung oder Unterlassung bestimmt wird. Und sehr deutlich ebenfalls Cosack: Die Gegenleistung müsse auch rechtlich als Entgelt der Hauptleistung zum Ausdruck kommen: beide Leistungen müßten sich gegenseitig bedingen derart, daß die eine aus der anderen als Rechtspflicht folge o d e r aber durch den Fortfall der einen Leistungspflicht rechtlich auch die andere in Fortfall komme⁴⁾. Und er fährt dann fort: Ein entgeltliches Geschäft könne auch dann vorliegen, wenn eine Zuwendung unter der Bedingung gewährt werde, daß der andere Teil die Leistung aus freien Stücken vornehme. Am deutlichsten sprachen sich Winscheid und Burckhard aus. Winscheid wollte ausdrücklich die Möglichkeit causalser Abhängigkeit zulassen: "Ist nicht auch nach heutigem Rechte ein Austausch von Aequivalenten möglich, ohne daß die eine oder die andere Leistung auf Grund einer vorhergehenden Verpflichtung erfolgt?"⁵⁾. Burckhard wiederum verzichtete auf die Notwendigkeit der Verpflichtung zur Gegenleistung mit den Worten: "Man spricht von Zahlung, wenn geleistete Dienste vergütet werden, ohne daß eine rechtliche Verpflichtung dazu besteht..."⁶⁾

2. In Widerspruch zur Bejahung der nachträglichen Vergütung als entgeltlichem Geschäft steht die Haltung der meisten Pandektisten, die bei der Schenkung und damit bei jeder Art von unentgeltlicher Leistung stets das Merkmal der Frei-

1) a.a.O. S.1547 ff.

2) Pand. II S.286

3) Pand. S.464

4) Anfechtungsrecht, S.139; SchR. S.161

5) Pand. II § 93 Anm.1; § 321 Anm.10

6) Schenkung S.132; vgl. auch S.137/8

willigkeit herausstellen¹⁾; denn auch die nachträgliche Vergütung wird i.d.R. "freiwillig" gewährt. Diese Überschneidung wird jedoch nirgends erkannt. Zwei Autoren wenden sich allerdings gegen das Merkmal der "Freiwilligkeit" als Voraussetzung der Schenkung, ohne jedoch auf diese Überschneidung einzugehen. Wendt betont, die Freiwilligkeit genüge nicht, um ein Geschäft als unentgeltlich zu bezeichnen²⁾. Auch Burckhard lehnt sie als brauchbares Unterscheidungsmerkmal überhaupt ab, da ja auch Kaufverträge freiwillig geschlossen würden³⁾.

Festhalten kann man, daß die h.M. Entgeltlichkeit nur bejaht, wenn eine rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung vorliegt, ohne der Art der rechtlichen Verknüpfung allzu viel Aufmerksamkeit zu schenken.

3. Von dieser Ansicht gibt es zwei Ausnahmen: Hölder und Zimmermann. Beide wollen eine bloß wirtschaftliche Verknüpfung genügen lassen. Hölder meint, die Erwidierung eines Geschenkes durch ein anderes gebe den Charakter der Schenkung auf und mache beide Geschäfte zu entgeltlichen: "Trotz der mangelnden juristischen Einheit des Vorganges" werde vom Recht der "tatsächliche Zusammenhang der Leistung und Gegenleistung berücksichtigt"⁴⁾. Und Zimmermann⁵⁾ verneint die Schenkung, wenn jemand in freiwilliger Anerkennung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit leistet. Dazu Winscheid: "Ich halte das für eine gefährliche und unbewiesene Lehre"⁶⁾.
4. Setzt Entgeltlichkeit zwar den rechtlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung voraus, so ist damit noch

1) Brinz, Pand. II S. 1545; Regelsberger S. 612; Thibaut § 499; Vangerow § 175; Wächter II S. 432

2) Pand. S. 172

3) Schenkung, S. 125

4) Pand. § 55 Anm. 3 und 1

5) In Beiträge zur Theorie der *condictio indebiti* (Gießen 1868), zit. nach Winscheid II § 365 Anm. 4

6) Pand. II § 365 Anm. 4

nicht gesagt, daß jedes Geschäft, bei dem dieser Zusammenhang vorliegt, entgeltlich sein muß. Das spielt eine Rolle bei der Einordnung der Auflage. Die rechtliche Verknüpfung ist zweifellos gegeben. Ist deshalb die Auflage Entgelt? Ein Teil der Lehre behandelt die Schenkung unter Auflage als ein gemischtes Geschäft, genau wie die gemischte Schenkung. So verweisen Savigny und Wendt bei der Auflage auf die gemischte Schenkung¹⁾. Nicht ganz klar ist Brinz mit seiner Meinung, die Schenkung unter Auflage sei zwar keine unentgeltliche Gabe mehr, wenn der Modus auf Gegenleistung an den Geber gehe, allein immer noch Schenkung, "insofern immer noch ein Überschuß der Gabe über die Gegenleistung vorliegt²⁾". Winscheid-Kipp wollen wenigstens dann ein entgeltliches Geschäft bejahen, wenn die Auflage den Wert der Gegenleistung übersteige³⁾. Während Dernburg die Auflage bei entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften für möglich hält, jedoch bei Behandlung der Auflage auf Savigny verweist, also wohl auch ein gemischtes Geschäft annimmt⁴⁾. Einzig Wächter verneint bei der Schenkung unter Auflage "wahre Gegenleistung" und nimmt deshalb volle Schenkung an⁵⁾.

II. Die Haltung des Gesetzgebers

Die Motive und Protokolle nehmen nur knapp zu diesen Problemen Stellung:

1. Bei der nachträglichen Vergütung z.B. wollte man sich nicht festlegen. Als im E II bei der Normierung des Auftrages in § 593 die Unentgeltlichkeit als Wesensmerkmal eingeführt wurde, tauchte die Frage nach der Behandlung der nachträglichen Vergütung auf. Man war sich zwar einig, daß durch eine solche Verfügtung die rechtliche Natur des Auftragsverhältnisses nicht geändert werde⁶⁾, wollte aber die Beurtei-

1) System IV S.280; Wendt, Pand. S.174

2) Pand. II S.1545

3) Pand. II S.567

4) Pand. I S.267

5) Pand. I S.402

6) Prot. II S. 30 f.

lung dieser Vergütung, ob sie als remuneratorische Schenkung behandelt werden sollte oder "wie sonst" der Lehre überlassen.

2. Bei der Auflage hat der E I bewußt auf eine Bestimmung darüber verzichtet, daß die Schenkung unter Auflage nur insoweit Schenkung sei, als der Wert des Zugewendeten den der Auflage übersteige¹⁾. Man hielt es für selbstverständlich, daß sich die Schenkung um den Wert der Auflage mindert, wollte aber gleichzeitig den Eindruck vermeiden, daß bei einer solchen Auflage ein lästiger Vertrag vorliege. Gegen diese Auffassung wurde in den Protokollen kein Widerspruch erhoben.

III. Die BGB-Literatur

Erst im 20. Jahrhundert befaßt man sich mit diesen Abgrenzungsfragen näher und versucht entscheidende Kriterien herauszuarbeiten.

1. Ein Teil der Lehre hält nur solche Geschäfte für entgeltlich, bei denen Leistung und Gegenleistung in synallagmatischem Verhältnis stehen. So schreibt z.B. Simson²⁾: Eine gewisse Gleichheit der festgesetzten Verpflichtungen sei in der Tat das, was für ein entgeltliches Geschäft charakteristisch sei. Diese Gleichheit sei aber keine Gleichheit des Wertes, sondern bestehe darin, daß beide Verpflichtungen für das Schuldverhältnis gleich wesentlich seien. Und er zieht daraus den Schluß: Demnach falle also der Begriff des entgeltlichen Geschäftes mit dem Begriff des gegenseitigen Vertrages zusammen³⁾.

Auf derselben Linie liegen u.a. auch Hellwig⁴⁾, Hoeniger⁵⁾ und Stammler⁶⁾. Nach Hoeniger ist Entgeltlichkeit in dem

1) Mot. II S. 229

2) Entgelt, S. 17

3) a.a.C.

4) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 608

5) Hoeniger, Gemischte Verträge, S. 193

6) Stammler, Schuldverhältnisse, S. 247

weitesten Sinn, den man sich denken könne, doch immer eine Verknüpfung mindestens zweier Verpflichtungen. Gebe es keine Verpflichtung, so könne eben kein entgeltliches Geschäft, sondern nur ein unentgeltliches unter einer Bedingung vorliegen.

2. Aber bereits früh gab es Versuche, auch bei bedingten Geschäften ein Entgelt zu bejahen. Cosack übernimmt seine Auffassung aus dem Gemeinen Recht, wonach entgeltliche Geschäfte auch dann vorliegen könnten, wenn eine Zuwendung unter der Bedingung gewährt werde, daß der andere Teil die Leistung aus freien Stücken vornehme. Er findet jetzt Unterstützung bei Dernburg, Leonhard und Stampe¹⁾. Hoeniger versucht die Verbindung von Entgelt und gegenseitigen Vertrag auch für den Fall der Bedingung zu retten²⁾, während Simson die Leistung unter einer Bedingung - insoweit ganz konsequent - als entgeltliches Geschäft ablehnt³⁾. Hoeniger konstruiert einen bedingten gegenseitigen synallagmatischen Vertrag "in der Rechtsfigur der *condicio si volam*". Gegen diese "*condicio si volam*" hat schon Oertmann treffend eingewandt, daß eine Verpflichtung, die nur durch ihre eigene Erfüllung zur Existenz gelangen könne, eben keine wahre Verpflichtung sei⁴⁾. Auf die notwendige Trennung zwischen einem Vertrag unter einer Bedingung und dem gegenseitigen Vertrag weist heute auch Blomeyer wieder hin⁵⁾. Er bedauert zwar zunächst, daß die Lehre den Zusammenhang zwischen dem gegenseitigen Vertrag und der Bedingung habe verschwinden lassen; er betont aber gleichzeitig, daß man die Verknüpfung im gegenseitigen Vertrag, bei dem jede Leistung unbedingt geschuldet sei, von der Leistung unter der Bedingung der Gegenleistung streng unterscheiden müsse.

1) Schuldrecht, S.161; ähnlich Dernburg, Bürgerliches Recht II § 205 II; Leonhard, Allgemeiner Teil, S.266; Stampe, AcP 108 S.60; weitere Hinweise bei Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.6

2) Hoeniger a.a.O. (Anm.1) S.191 ff.

3) Simson a.a.O. (Anm.1) S.50

4) Oertmann a.a.O. (Anm.1) S.22

5) Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre I, S.104 ff., insbes. S.108; vgl. dazu van den Daele, Probleme, S.51 ff.

Schließlich gibt es noch Versuche, ein noch "schwächeres" Band als die Bedingung genügen zu lassen.

So begnügt sich Stampe mit einer "Voraussetzung oder Bedingung"¹⁾. Lammfromm und Haymann schließlich stellen es allein auf die **Z w e c k** beziehung ab. So besteht für Lammfromm das Wesen des entgeltlichen Geschäftes nur in der "gegenseitigen Zweckbeziehung der beiderseitigen Leistungen oder Versprechen"²⁾. Haymann will allerdings auch solche Leistungsabhängigkeiten als gegenseitige Verträge einstufen. Seiner Auffassung nach erfordert der Begriff des gegenseitigen Vertrages nur, daß beiden Parteien Handlungen vorgeschrieben sind, die sich nach Ansicht der Parteien als Leistungen entsprechen. Auf welche Weise das Recht die Festsetzung dieser Leistungen sanktioniere - so meint Haymann -, sei für den allgemeinen Geschäftstypus des Synallagma unerheblich. Gewisse Gesetzesbestimmungen über den gegenseitigen Vertrag würden freilich eine wechselseitige obligatorische Gebundenheit der Parteien voraussetzen, für den kausalen Charakter des Tauschgeschäftes sei dies aber unwesentlich³⁾.

4. Bahnbrechend für die Trennung von gegenseitigem Vertrag und Entgelt war schließlich die Untersuchung Oertmanns über "Entgeltliche Geschäfte"⁴⁾. Er fordert neben der Erweiterung auf konditionelle Abhängigkeit auch die Anerkennung von kausalen (entgeltlichen) Geschäften.

"Als solche rechtlichen Mittel, um dem Geber sein Entgelt zu sichern, zu verschaffen, stellen sich nun aber neben den synallagmatischen auch die konditionalen oder bloß kausalen Verknüpfungen der beiden Leistungen dar. Gewiß ist die Verknüpfung hier im ganzen eine schwächere als bei den gegenseitigen Verträgen ... Aber dafür ist in den Fällen konditionaler Verknüpfung sein eigener Anspruch nicht nur wie beim Synallagma in der Geltendma-

1) Stampe a.a.O. (Anm.14)

2) Lammfromm, Teilung, S.45 ff., 48, 50

3) Haymann, Schenkung, S.9

4) Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, München 1912. Diese Untersuchung ist die Grundlage aller späteren Arbeiten über dasselbe Thema.

chung, sondern selbst in der Entstehung von der Vornahme der Gegenleistung abhängig, also insofern sogar noch schärfer in Beziehung zu ihr gebracht" ¹⁾).

Diese Ergebnisse von Oertmann werden heute von Rechtsprechung und Lehre widerspruchslös akzeptiert ²⁾. Sie werden deutlich in der Beurteilung der nachträglichen Vergütung:

5. In der Diskussion lassen sich verschiedene Fallgruppen aussondern, von denen nur einige das Problem enthalten. Nicht hierher gehört die Lohnerhöhung für die Zukunft - auch wenn dafür von Seiten des Arbeitgebers keine Verpflichtung bestand. Problemlos ist es auch, wenn die Parteien sich darüber einig sind, daß eine Vergütung gezahlt wird, aber die Höhe doch offen gelassen wurde ³⁾. Hier war der Wille zur Unentgeltlichkeit nie vorhanden. Die nachträgliche Bestimmung der Lohnhöhe entspricht der Willensfreiheit der Parteien, den vertraglichen Abmachungen. Die Einigung über den Lohn ist dann nur eine solche der Höhe nach, aber nicht dem Grunde nach ³⁾. Eine entgeltliche Leistung liegt auch vor, wenn jemand von sich aus für einen anderen tätig wird und dieser andere die Arbeitsleistung akzeptiert. Wenn also ein Makler Käufer für ein Grundstück sucht, der Eigentümer davon nichts weiß, aber schließlich die Gelegenheit beim Schopfe packt und verkauft. Rechtsprechung und Lehre haben hier die Entgeltlichkeit bejaht ⁴⁾.

1) a.a.O. S.16 f.

2) Liebisch, Zuwendungen, S.27 f.; RGRK-Kuhn § 516 Anm.6; Palandt-Putzo 4a; Planck-Knoke § 516 Anm.3; A.v.Tuhr, AT III S.139; RG Recht 1918 Nr.1522, 1919 Nr.1940; RG Warn. Rspr. 1920 Nr.38; BGH NJW 1951 S.268

3) Liebisch, Zuwendungen, S.37

4) RG Recht 1909 Nr.1984; RGZ 72, S.188 ff.; Oertmann a.a.O. (Anm.1); Staudinger-Ostler, § 516 Anm.3 b. Im Ergebnis ist man sich einig, die Konstruktion ist aber verschieden: Oertmann, ihm folgend Liebisch (Zuwendungen, S.42) und ein Teil der Lehre (RGRK-Kuhn, § 516 Anm.17; Soergel-Ballerstedt Anm.23) sehen in der Leistung des "Geschäftsführers" eine antizipierende Erfüllungshandlung auf einen abzuschließenden Vertrag; v.Tuhr III S.92 dagegen will dem "Geschäftsführer" analog den §§ 675.684 S.2 auch ohne Annahme eines Vertragsverhältnisses dann Anspruch auf Bezahlung geben, wenn der Geschäftsherr genehmigt hat.

Eigentlich problematisch ist die rechtliche Einordnung der nachträglichen Vergütung nur dann,

- a) wenn die Arbeit zwar gegen ein vorher bestimmtes Entgelt geleistet wurde, aber anschließend eine höhere "Bezahlung" geleistet wird,
- b) wenn ein Arbeiter nach jahrelanger Arbeit ein Ruhegehalt bekommt oder seine Witwe eine Pensionszusage, die nicht im Arbeitsvertrag enthalten war oder
- c) wenn die Arbeit überhaupt unentgeltlich geleistet wurde, anschließend aber - nach Beendigung des Geschäftes - doch noch ein "Entgelt" geleistet wird.

Rechtsprechung und Lehre sind sich darin einig, daß solche nachträglichen Vergütungen keine Schenkung zu sein brauchen¹⁾. Wird nämlich im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses eine nicht vereinbarte Zusatzleistung gegeben, so soll das Arbeitsverhältnis auch diese freiwillige Zuwendung umschließen²⁾. Dieses Ergebnis ist schon alt; die Begründungen freilich haben gewechselt.

Das RG sah den entscheidenden Ansatzpunkt im Willen der Parteien. Zunächst ließ es genügen, daß die Parteien im Gefühl wirklicher Schuld geleistet und empfangen hatten. Zu dieser Auffassung steht noch heute ein großer Teil des Schrifttums. Das RG findet aber schließlich zu seiner endgültigen Haltung, indem es sich auf den Gedanken der Fürsorgepflicht festlegt³⁾: Ein Arbeitgeber hatte einer Witwe nachträglich ein Versorgungsversprechen gegeben. Das RG ließ den Standpunkt, daß es sich um eine unentgeltliche Zusage handle, nicht gelten, sondern bejahte die Verpflichtung zur Zahlung des Entgeltes aus dem Gedanken der Fürsorgepflicht. Diese Begründung ist seither beibehalten worden, wobei das RAG den Satz prägte:

1) Vgl. RG JW 1917 Nr.7; RGZ 72 S.188 (191); 75 S.325 (327); 94 S.322 (323) und die folgenden Zitate der Literatur in Anm.2 .

2) Vgl. auch RAG 5 S.222 f.; BAG in AP Nr.1,3,4,7 und 26 zu § 611; Esser, SchR II S.81 = § 67 I; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht § 42 IV; Larenz, SchR II S.126; Palandt-Putzo, Einführung 3 vor § 516; Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Köln 1970, insbes. S.168 ff.

3) RG JW 1927 Nr.2

Die Zuwendung war, obschon freiwillig,
Ausfluß der Fürsorgepflicht (1)

Die Lehre nimmt diesen Pflichtgedanken nicht so ohne weiteres auf, bejaht aber die Entgeltlichkeit durchweg²⁾. So wollen Dersch³⁾ und Bulla⁴⁾ weniger die Fürsorgepflicht in den Vordergrund rücken, als vielmehr den allgemeinen Schutzcharakter des Arbeitsrechtes; entscheidend sei das sozialrechtliche Schutzprinzip. Und Hueck-Nipperdey schreiben:

"Es besteht keineswegs eine Pflicht zu allen Leistungen, die, wenn sie erbracht werden, als Ausfluß des Fürsorgegedankens erscheinen" (5).

Um eine Pflicht zu begründen, bedürfte es noch einer besonderen Rechtsgrundlage⁶⁾. Diese Argumentation hat inzwischen auch das BAG überzeugt. Es hat die Ansicht des RAG nach langem Zögern nun aufgegeben⁷⁾. Staudinger-Ostler wollen die Entgeltlichkeit mit der "Leistungsnähe" erklären. Sie verneinen die Entgeltlichkeit nur dann, wenn die Loslösung von geleisteten oder zu leistenden Diensten klar zutage trete⁸⁾. Larenz schließlich schlägt eine eigene "causa der Entgeltlichkeit" vor⁹⁾.

-
- 1) RAG 13 S.137; 19 S.210; RAG ArbRS 40 S.321; BAG JZ 1955 S.640; BAG 8 S.38; BAG AP Nr.8 und 9 zu § 242, Ruhegehalt; heute ständige Floskel vgl. AP zu § 611, Gratifikation; zur Literatur: RGRK-Kuhn § 516 Anm.16
 - 2) Vgl.dazu die Zitate bei Schwerdtner a.aO. (S.58 Anm.2) ganz knapp RGRK-Kuhn § 516 Anm.16
 - 3) Festschrift für Herschel (Stuttgart 1955) S.71 ff.
 - 4) Bulla, Mitteilungen des deutschen Arbeitgeberverbandes (1957) Nr.15
 - 5) Arbeitsrecht, S.393
 - 6) So auch RAG 37 S.229; BAGAP Nr.1 u.15 zu § 242, Ruhegehalt; Galperin, Betrieb 1949, S.257; Monjau, Betrieb 1957, S.188; Soergel-Wlotzke-Volze, Vorbem.116 vor § 611
 - 7) BAG 12; S.15
 - 8) Staudinger-Ostler, § 516 Anm.40; ähnlich Erman-Böhle-Stammschräder, § 516 Anm.8; Soergel-Ballerstedt, § 516 Anm.11
 - 9) SchR II S.127

Schwerdtner geht in seiner Untersuchung nur auf einen Teilaspekt ein. Er prüft und bejaht die Entgeltnatur der Pensionszusagen, die während eines Dienstverhältnisses oder unmittelbar bei seiner Beendigung gegeben werden¹⁾. Hier geht es aber um die Beurteilung auch der Zusagen, die erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses gegeben werden. Gerade diese Leistungen will man mit dem Fürsorgegedanken, der Leistungsnähe oder einer eigenen "causa der Entgeltlichkeit" erklären.

6. Bei Beurteilung der Auflage hat sich die heute h.L. hingegen ganz vom Gemeinen Recht gelöst. Sie ist sich darin einig, daß die Einordnung der Auflage ihr große Schwierigkeiten bereitet²⁾; Dennoch ordnet sie die Schenkung unter Auflage beinahe einmütig den unentgeltlichen Geschäften zu und sieht in ihr eine volle Schenkung. Sie sieht in der Auflage eine "Einschränkung der Leistung" durch den Schenker, während sonst die Parteien Leistung und Gegenleistung

1) Schwerdtner a.a.O. (S.58 Anm.2), insbes. S.168 f.

2) Erman-Böhle-Stamschräder, § 525 Anm.2 ; Liebisch, Zuwendungen, S.32; Larenz, Festschrift für Max Rgeinstein (Tübingen 1969) Band 2 S.561; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.51; Planck-Knoke, § 525 Anm.1 c; RGRK-Kuhn, § 525 Anm.6

im Sinne eines Ausgleiches einander gegenüberstellen¹⁾. Nur ganz vereinzelt werden noch heute abweichende Meinungen vorgetragen. So faßt Hoeniger zu Beginn des Jahrhunderts die Schenkung unter Auflage stets als gegenseitigen Vertrag²⁾ auf, und Enneccerus-Lehmann bezeichnen sie als gemischte Schenkung³⁾.

Die Notwendigkeit einer rechtlichen Verknüpfung zeigt sich schließlich noch an der Haltung der h.L. zu Leistungen, die in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erbracht werden. Da ein rechtliches Band zwischen der Leistung und der sittlichen Pflicht nicht besteht, verneint die h.L. die Entgeltlichkeit⁴⁾. Einige Autoren bejahen aber auch in diesen Fällen die Entgeltlichkeit⁵⁾. Ein Teil sieht darin causal ent-

1) Coing, NJW 1949 S.260; Erman-Böhle-Stamschräder, § 525 Anm.4; Esser, SchR II S.87 = § 67 IV 1; Haymann, Schenkung, S.57; Leonhard, SchR II S.133; Oertmann a.a.O. (Anm.1) S.53 f.; RGRK-Kuhn Anm.2; Staudinger-Ostler Anm.4

2) Gemischte Verträge, S.254

3) SchR S.499

4) Enneccerus-Lehmann, SchR S.487; Esser, SchR II S.46; Larenz, SchR II S.121; Jaeger-Lent, KO § 32 Anm.6; Palandt-Putzo, Einl.4 vor § 421; R.Schmidt in "Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben", S.25 ff.; Soergel-Ballerstedt, § 516 Anm.13

5) Kegel, JZ 1952, S.657; Prag, Die Erfüllung sittlicher Pflichten, S.31; R.Schmidt a.a.O. (Anm.5), S.38; Siber, JherJb. 70 S.277; Simson, Entgelt, S.50

geltliche Leistungen, während andere aus solchen sittlichen Pflichten sogar Rechtspflichten erwachsen lassen. Sie alle sind jedenfalls bestrebt mit der Entgeltlichkeit zugleich eine rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung herzustellen.

IV. Kritik und eigene Meinung

1. Alle Versuche, die Entgeltlichkeit auf den gegenseitigen Vertrag zu beschränken, müssen scheitern. Man muß dabei zwei verschiedene Ansatzpunkte unterscheiden: Die einen bewegen sich im Rahmen der üblichen Definition des gegenseitigen Vertrages, als wechselseitiger obligatorischer Gebundenheit. Die anderen versuchen den gegenseitigen Vertrag zu erweitern, teils indem auch konditionale Abhängigkeit in das Synallagma hereingenommen wird, teils indem auf die gegenseitige Verpflichtung als Wesensmerkmal überhaupt verzichtet wird.

a) Soweit Simson, Hellwig und Stammler¹⁾ die Notwendigkeit gegenseitiger Verpflichtungen betonen, übersehen sie die Möglichkeit konditionaler und causaler Abhängigkeit des Entgelts. Die Notwendigkeit konditionaler und causaler Abhängigkeit des Entgelts hat im einzelnen Oertmann überzeugend nachgewiesen, so daß auf ihn verwiesen werden kann²⁾. Zur Verdeutlichung möge man sich nur zwei Beispiele vorhalten: A verpflichtet sich zur Leistung unter der Bedingung, daß B eine bestimmte andere Leistung erbringt. Die wechselseitige Verpflichtung zur Leistung fehlt, dennoch gibt es keinen Zweifel, daß es sich um ein entgeltliches Geschäft handelt. Überzeugendes Beispiel für die Anerkennung causaler Abhängigkeit ist die nachträgliche Vergütung. Unabhängig von ihrer theoretischen Erklärung ist man sich doch einig, daß sie anerkannt werden muß.

1) Simson, Entgelt, S.17; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S.608; Stammler, Schuldverhältnisse, S.247

2) Entgeltliche Geschäfte, S.15 ff.

3) Dazu unten 3.

- b) Das Wesen des gegenseitigen Vertrages verkennen Hoeniger und Haymann. Gegen Hoeniger, der auch bedingte Entgeltsgeschäfte in der Rechtsfigur der "condicio si volam" als gegenseitige Verträge einstufen wollte, hat schon Oertmann treffend eingewandt, daß eine Verpflichtung, die nur durch ihre eigene Erfüllung zur Existenz gelangen könne, eben keine wahre Verpflichtung sei¹⁾. Haymann, der auf das Kriterium der wechselseitigen Verpflichtung beim gegenseitigen Vertrag ganz verzichten will, übersieht, daß gerade die Verpflichtung zur Leistung um der Gegenleistung willen das entscheidende Kriterium des gegenseitigen Vertrages ist.

Beide Autoren haben aber immerhin schon erkannt, daß der gegenseitige Vertrag in seiner üblichen Definition nicht ausreicht, um alle Entgeltstatbestände zu erfassen. Diese - wichtige - Erkenntnis führte allerdings dazu, den falschen Weg zu gehen. Es bleibt aber doch aner kennenswert, daß die richtige Erkenntnis am Anfang stand.

2. Dabei bleibt aber offen, ob man nicht über diese Erkenntnis hinausgehen und auf die rechtliche Abhängigkeit der Gegenleistung überhaupt verzichten muß. Das ist die Forderung allerer, die eine bloße wirtschaftliche Abhängigkeit der Gegenleistung genügen lassen wollen. Die h.L. lehnt diese Möglichkeit rundweg ab. Abwegig ist jedenfalls die Ansicht von Hölder und Zimmermann. Die Erwidern eines Geschenkes durch ein anderes kann den gesamten Vorgang nicht plötzlich zu einem entgeltlichen Geschäft machen. Ein solches Ergebnis würde - nachträglich - die gesamten Schenkungsregeln aus den Angeln heben. Durch Erwidern eines Geschenkes, das anscheinend auch nicht wertmäßig gleich sein muß, könnte man den Widerruf wegen Undank umgehen oder auch die Erfüllung

1) a.a.O. S.22

2) Vgl. Palandt-Putzo, § 516, 4a; RGRK-Kuhn, § 516 Anm.6, die die ganz herrschende Lehre wiedergeben.

einer Auflage vermeiden, da ja nun keine Schenkung mehr vorläge. Diese Konsequenzen verbieten sich von selbst. Etwas anders verhält es sich mit der Auffassung von Schreiber. Ihm geht es vornehmlich darum, die nachträgliche Vergütung zu erklären, sowie den Entgeltbegriff aus der Verklammerung mit dem gegenseitigen Vertrag zu lösen: Entgeltlichkeit bedeute, daß das als Entgelt Gegebene den Gegenwert für etwas Empfangenes oder künftig zu Empfangendes darstelle. Ob dieser Gegenwert aus Rechtszwang oder ohne einen solchen gegeben wäre, sei vollkommen gleichgültig für den wirtschaftlichen Charakter. Freiwillig gegebener Gegenwert sei Entgelt genauso gut, wie der kraft Rechtspflicht geleistete¹⁾. Dem Ergebnis nach fordert Schreiber damit nicht mehr als Oertmann mit seiner - inzwischen längst anerkannten - Forderung nach der Anerkennung der bloß kausalen Abhängigkeit als der Möglichkeit für ein entgeltliches Geschäft. Dem Kern nach ist diese Auffassung berechtigt, bringt aber insoweit auch nichts Neues. Ihre Ausdruckweise ist aber irreführend; denn an ein wirtschaftliches Entgelt könnte man auch bei vielen Gelegenheiten denken, bei denen ein Geschenk nur unter Berücksichtigung von früheren Geschenken des jetzt "so reich" Beschenkten erbracht wird. Man sollte deshalb diese Ausdruckweise vermeiden.

Es bleibt also bei dem oben gefundenen Ergebnis. Prüfstein dafür muß vor allem die nachträgliche Vergütung, ihr Verhältnis zu Leistungen, die in Erfüllung einer sittlichen Pflicht gegeben worden sind und die Behandlung der Auflage sein. Die nachträgliche Vergütung wird von der h.L. als Entgelt behandelt; die Erfüllung einer sittlichen Pflicht als Schenkung und die Schenkung unter Auflage ebenfalls als Schenkung. Das eine Mal wird ein Rechtsband anerkannt, bei den sittlichen Pflichten wird es verneint und bei der Auflage ist es schon nach dem Gesetz stets vorhanden.

1) JherJb 60, S.176 ff.

3. Mit den oben erwähnten Gedanken zur Erklärung der nachträglichen Vergütung, sei es der Fürsorgegedanke, das sozialrechtliche Schutzprinzip, die Leistungsnähe oder die "causa der Entgeltlichkeit", kann man nur die bereits erfolgten nachträglichen Vergütungen befriedigend erklären. Sie müssen aber versagen, wenn es darum geht, eine Verpflichtung, und zwar eine klagbare Verpflichtung zu begründen. Aber gerade diese Frage hat die Gerichte beschäftigt. Und das RG hat eben eine klagbare Verpflichtung bejaht, wenn ein zunächst unentgeltliches Geschäft durch eine Leistung entgeltlich wurde oder wenn die Parteien rückwirkend ein höheres Entgelt vereinbart hatten. Dem RG lagen zwei rechtlich verschiedene Situationen vor.

In einem Teil der Fälle wurde die Vergütung noch ausgemacht, solange das zunächst noch unentgeltliche Schuldverhältnis bestand. So war es z.B. in der häufig zitierten Entscheidung des RG im 72. Band¹⁾: dort leistete der Kläger der Beklagten zunächst unentgeltlich Dienste in "Rechtsangelegenheiten". Anschließend einigten sich die Parteien auf eine Bezahlung. Danach leistete der Kläger der Beklagten weitere Dienste. Das RG läßt die Frage offen, ob die Parteimacht so weit gehe, beiderseitige, noch nicht endgültig abgewickelte Beziehungen nachträglich zu entgeltlichen zu stempeln. Entscheidend ist für das RG, daß eine Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht vorgelegen hat. Dabei berücksichtigt das RG aber insbesondere, daß der Kläger schon bei Beginn von der Beklagten ein Entgelt angeboten bekommen hatte, aber darauf verzichtet hatte, weil die Beklagte "für den Kläger wärmere Gefühle gezeigt und ihm anschließend die Heirat in Aussicht gestellt habe". Später - so das RG - sei es der Beklagten jedoch peinlich gewesen, Schuldnerin zu sein und sie habe den Kläger aufgefordert Rechnung zu stellen. Es handle sich deshalb beim Kläger um den "Wegfall einer Voraussetzung, was wiederum genügen würde, um bei dem nachträglichen Versprechen einer Vergütung wenigstens auf Seiten des Verspre-

1) RGZ 72 S.188 ff.; ähnlich die Situation in RG 1917 S.27

chensempfängers eine gewollte Unentgeltlichkeit auszuschließen¹⁾. Ähnlich liegt die Situation im 94. Band²⁾. Dort war eine Pensionszusage noch während der Dienstzeit erteilt und anschließend längere Zeit gezahlt worden. In diesen und ähnlichen Fällen genügt es, die Zusage und ihre Annahme als Vertragsänderung anzusehen. Eine solche Vertragsänderung ist zulässig, solange das Schuldverhältnis noch besteht, auch für den bereits verflossenen Zeitraum. Sie ist weitgehend eine Frage des Willens der Parteien³⁾. Nur eine Änderung der wirtschaftlichen Bedeutung des Vertrages darf nicht eintreten⁴⁾. Eine solche Änderung liegt dann nicht vor, wenn das Schuldverhältnis in seinem Gefüge dasselbe bleibt. Ob das der Fall ist, darüber muß letztlich die Verkehrsanschauung entscheiden. Eine Änderung der Rechtsnatur allein spielt keine ausschlaggebende Rolle⁵⁾. In den entschiedenen Fällen wollten die Parteien gerade mit Rücksicht auf das Schuldverhältnis leisten. Nur die Entgeltfrage wollten sie anders gelöst sehen. Das sonstige Gefüge des Schuldverhältnisses sollte dasselbe bleiben. Darum muß man in der Bewilligung eines Entgelts während eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses eine zulässige Vertragsänderung sehen. Ob ursprünglich überhaupt kein Entgelt ausgemacht war oder nur ein geringeres, ist dabei gleichgültig.

Gegen die Möglichkeit einer rückwirkenden Vertragsänderung scheint sich ein Teil der Lehre ausgesprochen zu haben, der es für unmöglich hält, daß eine ursprünglich unentgeltliche Leistung noch nachträglich zu einer entgeltlichen werden könne⁶⁾. So schreibt A.v.Tuhr: Die einmal verabredete causa kön-

1) RG a.a.O. S.192

2) RGZ 94 S.157 ff.

3) Enneccerus-Lehmann, SchR, S.185 f.; Flume, Festschrift für den deutschen Juristentag (Karlsruhe 1960) Bd.I S.135; Larenz, SchR I S.75 f. = § 7 II; Raiser, JZ 58 S.1; Staudinger-Kaduk, § 305 Anm.4

4) Vgl. Larenz a.a.O. und dortige Verweise

5) Larenz a.a.O.

6) So früher RG JW 1917 S.848; RG JW 1919 S.379; RGRK-Mansfeld, § 516 Anm.4; Staudinger-Ostler, § 516 Anm.14; A.v.Tuhr III S.90 f.

ne, wenn die Zuwendung einmal bewirkt sei, nicht mehr verändert werden¹⁾. Und Staudinger-Ostler sagen: Es stehe nicht in der Macht der Parteien, einer unentgeltlichen Leistung, die abgeschlossen der Vergangenheit angehöre, rückwirkend die Eigenschaft der Entgeltlichkeit zu verleihen²⁾. Wie sich aus den Formulierungen ersehen läßt ("bewirkt" und "abgeschlossen"), sind damit nur solche Fälle gemeint, in denen das Schuldverhältnis bereits durch Erfüllung erloschen ist. Dann besteht es nur noch als Rechtsgrund des Behaltendürftens fort³⁾. Eine Möglichkeit, auf dieses erloschene Schuldverhältnis noch zu leisten, kann nicht mehr bestehen. Das Schuldverhältnis liegt abgeschlossen in der Vergangenheit; es kann weder geändert noch aufgehoben noch umgestaltet werden⁴⁾.

Wenn man diese Grenze aber anerkennt, dann stellt sich mit aller Schärfe die Frage, warum Vergütungen und Pensionszusagen klagbare entgeltliche Verpflichtungen sein sollen, auch dann, wenn sie nach Beendigung des Dienstverhältnisses erteilt wurden.

So lag der Fall bei zwei Pensionszusagen, die das RG beurteilen mußte⁵⁾. Beidemale hat das RG die Einstufung als Schenkung verneint. Beide Entscheidungen werden von der Lehre gebilligt⁶⁾. Es bleibt aber die Frage nach der Begründung dieser Entscheidung. Das RG hat die Pensionszusage als Gegenleistung für die Dienste des Ehemannes bezeichnet. Dieser war in Erfüllung seiner Dienste gestorben, ohne eine solche Pensionszusage erhalten zu haben. Mit seinem Tode war sein Dienstverhältnis erloschen. Das RG fingiert hier über die Fürsorgepflicht ein weiterbestehen dieser schuldrechtlichen Beziehungen.

Die Fürsorgepflicht besteht jedoch in erster Linie während

1) AT III S. 9 f.

2) Kommentar, § 516 Anm.14

3) Larenz, SchR I S.172 = § 18 I

4) Larenz, SchR I S. 24 = § 2 V

5) RG JW 1927 S.1190 und JW 1934 S.377

6) Vgl. Anm. 2-9 auf S.59

des Arbeitsverhältnisses. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat sie jedenfalls nicht die Kraft eine neue Hauptpflicht wie die Bezahlung einer Pension ohne entsprechende frühere Zusage ins Leben zu rufen. Mit der Fürsorgepflicht allein kann man deshalb die Entgeltlichkeit einer nachträglichen Pensionsverpflichtung nicht befriedigend erklären. Es kann deshalb zunächst dahinstehen, ob man die Bezeichnung "Fürsorgepflicht" überhaupt vermeiden will - wie das Schwerdtner tut -, weil dieser Begriff seine "Wortunschuld" nicht wiedergewonnen habe¹⁾. Auch der in neuerer Zeit entwickelte Gedanke der "culpa post contractum" nimmt die Möglichkeit auf, daß nach Beendigung des Dienstverhältnisses für beide Teile noch gewisse nachwirkende Verpflichtungen bestehen. Die Zahlung einer Rente ist aber keine eo ipso bestehende Pflicht. Sie setzt die Zusage des Arbeitgebers voraus, die Rente tragen zu wollen²⁾.

Auch die Überlegungen von Schwerdtner können nicht weiterhelfen: Für ihn ist ja Anknüpfungspunkt lediglich das Ruhegehalt, das während eines Dienstverhältnisses vereinbart wurde³⁾. Ihm geht es vor allem darum, dem Pensionär einen sicheren Anspruch auf das Ruhegehalt zu geben: Da das Ruhegehalt nach seiner Auffassung Entgelt der früheren Arbeitsleistung ist, können den Arbeitnehmer allein auf Grund der Altersversorgung keinerlei nachwirkende Nebenpflichten treffen⁴⁾. Auch die Verletzung einer evtl. Treuepflicht kann dem Arbeitgeber lediglich einen Schadensersatzanspruch geben, aber kein Recht zum Widerruf der Rentenzahlung⁵⁾.

1) Schwerdtner a.a.O. (S.58 Anm.2) S.90

2) RGRK-Dennecke, Vor. 12 zu § 611; so schon RAG 37 S.229; BAG AP Nr.1 und 15 zu § 242, Ruhegehalt; Galerín, Betrieb 49 S.257; Monjau, Betrieb 1957 S.188; Soergel-Wlotzke-Volze, Vorb.116 vor § 611

3) Vgl.dazu seine gesamten Ausführungen, insbes. S.155 f., 169 f.

4) Schwerdtner a.a.O. S.168

5) Schwerdtner a.a.O. S.169 f.

Dieser Bezug der Pension auf das frühere Arbeits- oder Dienstverhältnis kann aber nur wirksam werden, wenn die Pension tatsächlich schon während des Arbeitsverhältnisses versprochen wurde. Gerade das ist bei der nachträglichen Vergütung nicht der Fall. Auch Schwerdtner würde hier vor der Schranke des durch die Erfüllung beendeten Dienstvertrages stehen¹⁾. Eine Entgeltlichkeit, sowie eine Pflicht zur Leistung aus dem (formlosen) Pensionsversprechen könnte Schwerdtner nur bejahen, wenn er aus jedem langdauernden Dienstverhältnis grundsätzlich die Pflicht herleiten würde, nach Beendigung eine Pension zu zahlen. Das behauptet er aber nirgendwo.

Ein durch das Recht abstützbarer Zusammenhang zwischen dem erloschenen Dienstverhältnis und der nachträglichen Zusage läßt sich also nicht finden. Wenn aber kein rechtlicher Zusammenhang besteht, so ist diese Leistung unentgeltlich - so lautet das bisherige Ergebnis. Die h.L. müßte eine solche Leistung als Schenkung bzw. Schenkungsversprechen einstufen und käme damit i.d.R., weil meist die Form des § 518 nicht eingehalten ist, dazu, die Verpflichtung zur Leistung zu verneinen. Oertmann schreibt deshalb resignierend:

"Nach alledem gibt es auch im Rechtssinn zwischen den extremen Fällen rechtlich ganz unverbundener und ... der Entgeltlichkeit (rechtlich) verknüpfter Leistungen Zwischenglieder, die man beachten muß, wenn man nicht formalistisch Zusammenhänge des Lebens vernachlässigen will" (2).

Sinnvoll kann man die Problematik nur lösen, wenn man anerkennt, daß diese Arten nachträglicher Verpflichtungen sittliche Pflichten des Versprechenden sind und daß er durch das Eingehen solcher Pflichten auch rechtlich gebunden sein kann. Kurz, daß aus sittlichen Pflichten u.U. klagbare Verpflichtungen erwachsen können. Mit dieser Behauptung betritt man aber ein heiß umstrittenes Gebiet, das sich auf die natürliche Verbindlichkeit, die sittliche Pflicht und deren Beurteilung erstreckt.

1) Vgl. dazu S.66

2) Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.44

4. Bei Erörterung dieses Fragenkreises muß man den Unterschied entgeltlich/unentgeltlich auf der einen Seite und die Verpflichtung zur Leistung oder eine Leistung ohne entsprechende Pflicht dazu auf der anderen Seite streng auseinanderhalten. Eine Leistung, zu der keine Verpflichtung bestand, kann entgeltlich sein; so z.B. in Form causaler oder konditionaler Abhängigkeit. Umgekehrt kann sehr wohl die Pflicht zur Leistung bei einem unentgeltlichen Geschäft bestehen; so bei einem Schenkungs- oder Leihvertrag. Unentgeltliche Zuwendung ist deshalb nicht der Gegensatz zur Erfüllung einer Vertragspflicht, sondern Gegensatz zur entgeltlichen Hingabe¹⁾.

Ausgangspunkt der Untersuchung soll die Auffassung der h.L. sein, daß es einen Unterschied zwischen Naturalobligationen einerseits und der Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder Anstandsrücksicht²⁾ andererseits gibt.

- a) Die gesetzlich geregelten Fälle von "unklagbaren" Verbindlichkeiten, von der h.L. als Naturalobligationen bezeichnet, sind die Erfüllung einer Spiel- und Wettschuld, § 762, die Bezahlung eines Ehemäklerlohnes, § 656, die Erfüllung einer verjährten Forderung, § 222 Abs.2, sowie nach h.L. der Fall, daß ein Konkursschuldner nach einem Zwangsvergleich freiwillig eine höhere Summe zahlt³⁾. Solche "Schulden" sind

1) So richtig bereits Esswein, Unvollkommene Verbindlichkeiten, S.49. Erfreulicherweise verzichtet die Lehre heute beinahe vollständig auf das Merkmal der "Freiwilligkeit" zur Erklärung der Unentgeltlichkeit. Ausnahme hier insbesondere Staudinger-Ostler, § 516 IV Anm.12; Freiwilligkeit ist die Grundvoraussetzung der Privatautonomie. Bezieht man sie auf's Grundgeschäft, so ist auch der Abschluß des Kaufvertrages freiwillig; bezieht man sie auf die Erfüllung, so ist auch die Erfüllung eines formgültigen Schenkungsversprechens erzwingbar. Deshalb wird zu Recht auf das im Gemeinen Recht beliebte Abgrenzungsmerkmal verzichtet.

2) Künftig wird als "Kurzfassung" nur noch von den "sittlichen Pflichten" gesprochen; dabei ist die Erfüllung einer "Anstandsrücksicht" stets mitgedacht.- Zur Geschichte der Naturalobligation vgl. Siber "Naturalis obligatio", Leipzig, 1926.

3) Enneccerus-Lehrmann, SchR, S.487 = § 120 II 1a; Esser, SchR II S.46 = § 7 I; Larenz, SchR II S.126; Jaeger-Lent,

nicht einklagbar¹⁾; die h.L. sieht die Erfüllung solcher "Verbindlichkeiten" dennoch als entgeltliches Geschäft an²⁾. Es fehle zwar der Anspruch, aber die Naturalobligation gebe doch einen "rechtmäßigen Erwerbstitel als causa aquirendi" ab³⁾. Die heutige Rechtsprechung⁴⁾ und die ganz überwiegende Lehre⁵⁾, die auf ihr aufbaut, verneinen jedoch auf das entschiedenste, daß auch die Erfüllung einer sittlichen Pflicht entgeltlich sein könne. Gleichzeitig bejaht sie, daß die Erfüllung einer sittlichen Pflicht Schenkung sei, daß also das Versprechen als Schenkungsversprechen der Form des § 518 bedürfe.

§ 32 Anm.4; Palandt-Putzo, Einl.4 vor § 421; R.Schmidt in "Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben", S.25 ff.; Soergel-Ballerstedt, § 516 Anm.13.

- 1) Vgl. Anm.3
- 2) Endemann, SchR I § 99 Anm.18; Esser, SchR II S.46 = § 71; Heck, SchR 296; Jaeger-Lent, KO § 32 Anm.4; Kegel, JZ 1952 S.657; Kipp, KESTG S.204 f.; Klingmüller, Natürliche Verbindlichkeiten, S.243; wohl auch Larenz, SchR II S.126: Er will zwar den Ausdruck "Naturalobligationen" vermeiden (vgl. SchR I S.18 = § 2 III), verneint aber doch das Vorliegen einer Schenkung in solchen Fällen. Ferner: Liebisch, Zuwendungen, S.39 ff.; Mentzel-Kuhn, KO § 32 Anm.4; Palandt-Putzo Vorb.4 vor § 241; Rümelin, AcP 97, S.303 ff.; R.Schmidt a.a.O. (Anm. S.6) S.37 f.; Siber, JherJb 70 S.257 f.; Soergel-Ballerstedt A.v.Tuhr III S.149
- 3) So Esser a.a.O. (Anm. 2) Siber (Anm. 2) S.84
- 4) Schon RGZ 120 S.253 (255); seit RGZ 125 S.380 (383) ständige Rechtsprechung; vgl. BGH LM Nr.1 zu § 534
- 5) Vgl. Anm.2 mit Ausnahme von Endemann, Heck, Kegel, Kipp, Klingmüller, Liebisch, Rümelin und Schmidt.

So schreibt das RG:

"Wenn zwei Parteien einig sind, daß die im Vertrag von der einen Partei übernommene Leistung unentgeltlich erfolgen soll, so liegt Schenkung vor, gleichgültig, aus welchen inneren Beweggründen der Versprechende die Verpflichtung übernimmt. Erfüllt er durch das Versprechen eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht, so hat das nur die Wirkung, daß die besonderen Regeln des § 534 BGB zur Anwendung kommen, die rechtliche Natur des Geschäftes als eine Schenkung wird aber dadurch nicht geändert" (1).

Diese Gegenüberstellung von Naturalobligation und sittlicher Pflicht birgt die Behauptung in sich, die Erfüllung einer Naturalobligation sei keine Erfüllung einer sittlichen Pflicht. Wenn das richtig sein soll, dann müssen sich zwischen beiden Unterschiede aufzeigen lassen, die diese Behauptung rechtfertigen.

- b) Klingmüller ist der Ansicht, Naturalobligationen seien "von Natur" wirkliche Verbindlichkeiten, insofern sie einen "natürlichen Rechtsstoff" an sich trügen²⁾. Wie dieser "natürliche Rechtsstoff" beschaffen sein soll, kann er nicht weiter klären. Er will mit der Formel anscheinend ausdrücken, daß es sich zwar um eine Rechtspflicht handle, diese Rechtspflicht aber nicht einklagbar sei. Dieser Gedanke wird von Kuhn noch heute vertreten. Die h.L. scheut aber vor dem Wort "Rechtspflicht" zurück, weil das Gesetz eine solche Pflicht nirgends normiert hat; vielmehr gerade im Gegenteil das Bestehen einer Verbindlichkeit ausgeschlossen hat. Durch das besondere Verständnis des "natürlichen Rechtsstoffes" will man wieder zur Rechtspflicht zurückfinden. Das ist eine Interpretation, die im Widerspruch zum Gesetz steht und deshalb abzulehnen ist.

Dann kann man unter einer natürlichen Verbindlichkeit nur eine solche verstehen, die gerade nicht im Gesetz ihren Ursprung hat. Die Wortprägung "natürlich" weist eher darauf

1) RGZ 120 S.255

2) Klingmüller, Natürliche Verbindlichkeiten, S.215; er be-
ruft sich dabei auf Mitteis in JherJb 28 S.160.

hin, daß diese Verpflichtung nur in den Gesetzen der Sittlichkeit ruhen kann. Diese Tendenz wird durch die Haltung des Gesetzgebers und der Lehre bestätigt, die immer wieder die Erfüllung einer Naturalobligation als Erfüllung einer sittlichen Pflicht bezeichnen, bzw. umgekehrt Geschäfte, die anerkanntermaßen als Erfüllung einer sittlichen Pflicht gelten, unter die Naturalobligationen einordnen.

Das Gesetz gibt einen Anhaltspunkt in § 814. Der Wortlaut stellt die Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten und die Erfüllung einer sittlichen Pflicht nebeneinander. Beide sollen gleich behandelt werden. Das ist ein Ergebnis der Arbeit der zweiten Kommission. In der ersten Kommission vertrat man noch die entgegengesetzte Meinung:

"Ist zur Erfüllung einer nicht vorhandenen Rechtspflicht geleistet, so kommt das Vorhandensein einer sittlichen Pflicht im allgemeinen als Verpflichtung nicht in Betracht, soweit nicht für bestimmte Verhältnisse aus besonderen Gründen die *condictio indebiti* versagt ist" (1) .

In der zweiten Kommission prallten die Meinungen hart aufeinander²⁾. Die Minderheit verwies darauf, daß bei speziellen Schuldverhältnissen, bei Spiel und Wette und bei der Pflicht zur Ausstattung die Existenz einer sittlichen Pflicht anerkannt sei. Eine allgemeine Regelung sei aber abzulehnen, denn es sei ein Widerspruch, daß das BGB eine Verpflichtung, die es als rechtlich nicht ansehen wolle, doch wieder im gewissen Umfang rechtswirksam ausgestalte. Dagegen die Mehrheit: Das Recht dürfe nicht die Hand bieten, das sittliche Bewußtsein des Volkes zu verletzen. Sei von dem Leistenden selbst ein der Sittlichkeit entsprechender Zustand hergestellt, so gehe es nicht an, diesen mit rechtlichen Mitteln wieder rückgängig zu machen, weil insoweit das Recht mit der Moral in Einklang gebracht werden müsse; die sittliche Verpflichtung bleibe aber daneben bestehen.

Ähnlich - wenn auch genau umgekehrt - ist die Regelung bei

1) Mot. II S.832 f.

2) Prot.III S.694

der Ausstattung. Man ist sich im wesentlichen darin einig, daß es einer sittlichen Pflicht entspricht, wenn die Eltern dem Kind eine Ausstattung geben¹⁾. Die h.L. muß dann aber davon ausgehen, daß diese Ausstattung eigentlich eine Schenkung ist, die der Gesetzgeber in § 1624 nur kraft Fiktion von den Schenkungsregeln ausgenommen hat. Betrachtet man den Wortlaut von § 1624, so heißt es dort nur, eine Ausstattung gelte nur dann als Schenkung, wenn sie die Grenzen des Normalen" übersteige. Das Wörtchen "gilt" kann zweierlei heißen: Einmal kann es sich um eine Fiktion handeln. Andererseits wird es auch als synonym für "ist" verwendet. Wenn ein solcher Wortlaut mehrdeutig ist, dann kommt der Auffassung des historischen Gesetzgebers als Hinweis einige Bedeutung zu: Damals waren beide Kommissionen einhellig der Ansicht, die Ausstattung sei von vornherein keine Schenkung. In den Motiven heißt es:

"Der Grund, weshalb in den Fällen des § 1500 Abs.1 die Ausstattung nicht als Schenkung gilt, beruht darauf, daß in diesen Fällen eine unvollkommene Ausstattungspflicht angenommen wird" (2) .

Und kurz vorher wird sehr deutlich gesagt:

"Wenngleich der Entwurf die Rechtspflicht der Ausstattung verneint, so ist es doch in Hinblick auf das bestehende Recht, auf die bestehende Sitte und den Charakter der Ausstattungsgewährung als einer sittlichen Pflicht für angemessen zu erachten, die Wirksamkeit solcher Geschäfte, durch welche ... einem Kinde ... eine Ausstattung vertragsgemäß zugesichert oder gewährt wird, gegenüber ... Schenkungen ... zu begünstigen" (3) .

Die Motive verweisen dann noch bekräftigend auf das französische Recht; dort habe die Ausstattung ebenfalls den "Charakter einer natürlichen Verbindlichkeit".

Wie wenig überzeugend die Gegenüberstellung der Erfüllung sittlicher Pflichten und der Erfüllung natürlicher Verbind-

1) So schon Mot. IV S.719; ganz h.L.: vgl. Palandt-Lauterbach, § 1624 Anm.3; Soergel-Lange, § 1624 Anm.5; Staudinger-Gotthardt, § 1624 Anm.15

2) Mot. IV S.719

3) Mot. IV S.718

lichkeit ist, zeigt die h.L. selbst. Symptomatisch dafür ist die Haltung von Esser¹⁾. Die Schuld aus Spiel oder Wette sei keine Verbindlichkeit, sie dürfe zu keinen anderen Rechtsfolgen führen, als der allein zugelassenen soluti retentio. Auch "Ehrenschulden", die ohne Makel begründet seien, nämlich die "Verbindlichkeit" im Hinblick auf eine sittliche Pflicht, hätten keine größere Kraft. Ihre Erfüllung könne daher rechtlich nur unter dem Gesichtspunkt der Schenkung erfaßt werden. Das ist widersprüchlich: Schulden, die ohne Makel begründet wurden, werden "schlechter" behandelt als solche, die nach Esser anscheinend mit einem Makel behaftet sind. Larenz bemerkt ausdrücklich: Zwar liege auch bei der Erfüllung von "Spiel-, Wett- oder Ehemäklerschulden keine Rechtspflicht vor, aber die Beteiligten betrachten die Leistung dennoch nicht als Schenkung, sondern in den beiden ersten Fällen als Erfüllung einer zwingend empfundenen Pflicht, im dritten Fall als verdienten Lohn"²⁾. Das ist ein Standpunkt, der sich bei der älteren Lehre häufig findet.

Damit zeigt sich aber eindeutig, daß "Naturalobligationen" und "sittliche Pflichten" nicht zwei verschiedene Institute sind, sondern daß die Erfüllung von Naturalobligationen zugleich auch die Erfüllung einer sittlichen Pflicht ist. Deshalb hat Siber immer darauf verwiesen, daß das BGB den Begriff der Naturalobligation nicht kenne und schreibt:

"Die deutsche Rechtswissenschaft verwehrt sich meist gegen eine Gleichsetzung der angeblichen - den Naturalobligationen entsprechenden - unvollkommenen Rechtspflichten mit den sittlichen Pflichten, vermag aber trotz allem Bemühen einen brauchbaren Unterscheidungsmaßstab nicht zu finden" (3) .

Diese Auffassung trifft noch heute voll ins Schwarze.

- c) weil die Erfüllung von Spiel und wette auch einer sittlichen Pflicht entspricht, ihre Erfüllung aber durchweg als ent-

1) Esser, SchR I S.46 = § 7 I

2) Larenz, SchR II S.126

3) Siber, naturalis obligatio, S.84

geltlich behandelt wird, verneint ein Teil der Lehre die Unentgeltlichkeit der Erfüllung sittlicher Pflichten überhaupt. Ihrer Ansicht nach ist eine solche Erfüllung stets entgeltlich¹⁾. Siber sieht in der Erfüllung sittlicher Pflichten einen eigenen Erwerbstitel²⁾. Er will deshalb über § 305 jedes Versprechen, das einer sittlichen Pflicht entspricht, als bindend ansehen. Schmidt kommt vor allem durch eine rechtsvergleichende Betrachtung zur Entgeltlichkeit³⁾. Liebisch stützt sich auf die Einsicht, daß der Zuwendende sich von einer Vermögensbelastung befreie:

"Eine Verpflichtung, die ganz auf das Gewissen und die anständige Gesinnung gestellt ist, wird von einem wahrhaft anständigen Menschen nur umso drückender empfunden und bildet darum eine vollwertige Vermögensbelastung" (4) .

Prag wiederum sieht in der Erfüllung von sittlichen Pflichten einen selbständigen Kausatyp⁵⁾. Das schließe zwar grundsätzlich die Schenkung aus, nicht aber die Unentgeltlichkeit. Dennoch stehe der Begriff der Unentgeltlichkeit einem befriedigenden Ergebnis entgegen. Nur wenn man die Entgeltlichkeit bejahe, könne man die Zweifel lösen, die durch die gesetzliche Regelung der Ausstattung geschaffen seien. Es gehe außerdem nicht an, die Erfüllung einer Wettschuld besser zu behandeln als die einer sittlichen Pflicht⁶⁾. Lorenz hat jüngst den Causa-Gedanken wieder aufgegriffen und weiter entwickelt. In einer Untersuchung der Rechtsprechung zur

1) Kegel, JZ 1952 S.657; Prag, Die Erfüllung sittlicher Pflichten, S.31; R.Schmidt (A. S.68) S.38; Siber, JherJb 70, S.277; Simson, Der Begriff des Entgelts, S.50

2) Siber, JherJb 70, S.275

3) Schmidt(Anm.1) S.25 ff.

4) Liebisch, Zuwendungen, S.45 f.; er will aber nicht die Erfüllung aller sittlichen Pflichten als entgeltliche Leistungen ansehen.

5) Prag a.a.O.(vgl. Anm.1). Prag meint weiter: "Wer aber Zuwendungen zur Erfüllung von Pflichten anrühigen Charakters (gemeint sind Ehemäklerlohn, Spiel und Wette, d.Verf.) als entgeltlich behandelt, muß erst recht Zuwendungen zur Erfüllung wirklicher Sittlichkeits- und Anstandsrücksichten als entgeltlich betrachten. Es handelt sich hier um ein Stück Weltanschauung ...".

6) Prag a.a.O.

nachträglichen Vergütung kommt er zum Ergebnis, "daß eine in abgeschlossener Dauerbeziehung mit personenrechtlichem Einschlag wurzelnde Fürsorgepflicht eine anerkannte causa der Entgeltlichkeit für Leistungsversprechen ist"¹⁾.

Alle diese Versuche müssen sich mit § 534 auseinandersetzen; begründet doch die h.L. unter Hinweis auf § 534 ihre Auffassung, daß die Erfüllung sittlicher Pflichten eine Schenkung sei²⁾. Siber will dem § 534 einen sehr engen Wirkungskreis zuschreiben. Seine Auffassung entwickelt er in der Zusammenschau von § 814 und § 534³⁾: § 814 2.Alt. schließe die Rückforderung aus, wenn zumindest der Geber irrtümlich der Auffassung sei, er sei zur Leistung verpflichtet gewesen. § 534 hingegen habe den Fall im Auge, daß die Parteien nicht einmal ihre sittliche Pflicht kennen, sondern in der Auffassung handeln würden, eine "reine" Schenkung vorzunehmen. Der Fall, daß beide die sittliche Pflicht anerkannten, werde durch § 534 überhaupt nicht berührt⁴⁾. Diese Auslegung müßte in derselben Form ebenfalls für die §§ 1425, 1641, 1804, 2113 und 2205 gelten. Das ist recht unwahrscheinlich. Gegen sie spricht der Wortlaut des Gesetzes. § 534 geht davon aus, daß durch die Schenkung einer sittlichen Pflicht entsprochen wird. Nach Siber dürfte man darunter nur unabsichtliches Handeln verstehen. Nun kann man einer bestimmten Anforderung absichtlich oder unabsichtlich entsprechen. Beide Möglichkeiten sind vom Sinn des Wortes her gegeben. Die Festlegung auf nur eine Bedeutung bedürfte genauerer Gründe. Liebisch wirft der h.L. vor, sie schränke den § 814 ungebührlich weit ein: Wer den § 814 dahin auslege, daß durch ihn alle bewußt zur Erfüllung von Sittlichkeitspflichten vorgenommenen Zuwendungen erfaßt werden, der kann § 814 nur noch auf die Zuwendun-

1) Lorenz, Festschrift für Max Rheinstein, Tübingen 1969, Bd.II S.561

2) Vgl. alle Kommentare zu § 534, sowie die in Anm.4 S.69 zitierte Rechtsprechung.

3) Siber, JherJb 70 S.275 f.

4) a.a.O. S.277

gen anwenden, die in irriger Annahme einer Rechtspflicht geleistet würden. Dem stehe aber der Wortlaut entgegen, der ausdrücklich auch solche Leistungen erwähne, die zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gemacht werden, obwohl der Leistende gewußt habe, daß er zur Leistung nicht verpflichtet sei¹⁾. Dieser Einwand scheint mir berechtigt zu sein.

Andererseits vergewaltigt auch die h.L. den Wortlaut des § 534. Hätte er den von ihr unterschobenen Sinn, so müßte er etwa lauten:

"Zuwendungen, durch die einer sittlichen Pflicht entsprochen wird, sind Schenkungen (2).

So lautet § 534 aber nicht. Die Angriffe der Mindermeinung gegen die h.L. sind insoweit berechtigt. Das zeigt noch die Überlegung, daß die h.L. andernfalls die Zahlung einer Spiel- oder Wettschuld ebenfalls als Schenkung behandeln müßte; denn auch dabei handelt es sich ja um die Erfüllung sittlicher Pflichten; daß dieses Ergebnis nicht richtig sein kann, ist allgemein anerkannt. Es zeigt aber sehr plastisch die Unbrauchbarkeit einer Argumentation aus § 534.

Kann man aber deshalb schon der Mindermeinung folgen, die die Erfüllung einer sittlichen Pflicht als entgeltliches Geschäft ansieht? Das ist insofern ein Widerspruch zu § 534, der immerhin anerkennt, daß es Schenkungen gibt, die sittliche Pflichten erfüllen. Folglich läßt sich die absolute Unterstellung der Erfüllung sittlicher Pflichten unter die Entgeltlichkeit nicht halten.

- d) Ein Teil der Lehre will deshalb auf das kontradiktorische Ent- oder -Weder verzichten und die Erfüllung sittlicher Pflichten teilweise als entgeltlich und teilweise als unentgeltlich ansehen. Sie ist der Auffassung, daß es verschieden gewichtige sittliche Pflichten gibt³⁾. So schreibt Klingmül-

1) Liebisch, Zuwendungen, S.44

2) Das bemerken auch Liebisch (Anm. 1), Prag (A.1 S.74) S.10 und R.Schmidt (A.3 S.68) S.38

3) Endemann, SchR § 99 Anm.18; Heck, SchR S.296; Kipp, KStG S.204 f.; Klingmüller (A.3 S.69) S.243; Liebisch, Zuwendungen, S.47; Rümelin, AcP 97 S.303 ff.

ler - und das gilt stellvertretend für alle anderen:

"Denn nicht jede Erfüllung einer sittlichen Pflicht ist als Schenkung aufzufassen, und die gesellschaftliche Anschauung ist weit entfernt davon, das zu tun. Man kann sagen, daß zur Bewirkung von solchen Anstands- und Pflichtschenkungen die Gebote der Sittenlehre nicht so intensiv auffordern, wie zu den Leistungen, die zur Erfüllung sittlicher und konditioneller Pflichten überhaupt erforderlich sind. Dieser Unterschied ist fein und bei einzelnen Fällen gewiß flüchtig, aber an sich vorhanden" (1) .

Klingmüller will also an die verschiedenartige Intensität der sittlichen Pflichten anknüpfen. Kipp will - in Anlehnung an Voß²⁾ - es darauf abstellen, ob jemand die Empfindung habe, daß der andere für die Gabe dankbar sein müsse oder nicht. Im Genaueren stellt Kipp es darauf ab, ob jemand, obwohl er die Verpflichtung zu einer Gabe empfinde, doch der Ansicht sei, daß der andere für diese Gabe dankbar sein müsse, weil er sie von seinem Standpunkt aus als unentgeltlich empfangen ansehen müsse. Fühle sich der Geber aber in stärkerem Maße gebunden, so daß er keinen Anspruch auf Dankbarkeit zu haben glaube, so liege keine Schenkung vor³⁾. Schmidt hält diese Unterscheidung für ein "so unsicheres und schwankendes Kriterium", daß er darauf eine Entscheidung nicht bauen will⁴⁾.

Schwankende und schwierige Kriterien werden immer auftauchen, wenn es um die Beurteilung von Sitte und Sittlichkeit geht; das allein ist kein Einwand. Befremdlich erscheint mir aber, daß es der Geber einseitig in der Hand haben soll, die Zuwendung zur Schenkung zu stempeln oder daraus ein entgeltliches Geschäft zu formen. Das widerspricht dem § 516, der die Einigung über die Unentgeltlichkeit als Voraussetzung der Schenkung aufstellt. Gewiß, die einseitige Vorstellung des Gebers kann über § 814 zu einem Ausschluß seiner Rückforderung führen; wenn aber der Empfänger der Auffassung war, die Leistung erfolge in Erfüllung

1) Klingmüller a.a.O.

2) Voß, LZ 1908 S.213

3) Kipp a.a.O.

4) R.Schmidt a.a.O.

eines entgeltlichen Geschäftes, so kann der einseitige Vorbehalt des Gebers ein solches Geschäft nicht ^{zur} Schenkung qualifizieren.

- e) Die gesamte Diskussion um die verschiedenen Einstufungen der Erfüllung sittlicher Pflichten leidet m.E. darunter, daß man der Frage zu wenig Beachtung schenkt, ob und inwieweit eine Gegenleistung des Empfängers vorhanden ist. Allein die Feststellung, daß eine Leistung (auch) in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erfolgt, gibt noch keine Entscheidung in der Frage, ob damit ein entgeltliches oder ein unentgeltliches Geschäft vorliegt. Die Befreiung von einer sittlichen Pflicht allein genügt in keinem Fall, um die Entgeltlichkeit einer Leistung zu bejahen.

Das zeigt noch einmal die Betrachtung der "Naturalobligationen". In den üblicherweise aufgeführten Fällen liegt immer eine Gegenleistung des Empfängers vor: Beim Ehemäklerlohn § 656, hat der Mäkler eine Leistung vollbracht; das wird insoweit vom Gesetz anerkannt. Larenz erwähnt zu Recht, der Ehemäkler empfinde die Leistung als "verdienten Lohn"¹⁾. Auch bei Spiel und Wette liegen Gegenleistungen vor. Bei der Wette liegt die Gegenleistung in der Einräumung der Gewinnchance. Beide Parteien tragen das Risiko, den Gewinn auszahlen zu müssen. Ob die Chance sich verwirklicht oder nicht ist eine Frage, die nicht mehr zur Entgeltlichkeit gehört. Beim Spiel dagegen steht die Unterhaltung im Vordergrund. Man sagt sich gegenseitig unter entgegengesetzten Bedingungen Leistungen zu²⁾. Ähnlich liegt es bei der Erfüllung verjährter Schulden oder bei der Zahlung einer Leistung über den Betrag hinaus, den ein Zwangsvergleich ergeben kann.

Soweit aber keine solche Gegenleistung vorliegt, wie z.B. bei der freiwilligen Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt, muß man die Leistung als unentgeltlich ansehen; auch

1) Larenz, SchR II S.126

2) Palandt-Thomas, § 762 Anm.1 a und b

wenn sie in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erfolgt ist. Es geht dann nicht an, nach "leichteren" oder "schwereren" sittlichen Pflichten zu forschen, und daran die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit erneut aufzuhängen.

- f) Ist aber damit schon gesagt, daß alle solche Erfüllungen Schenkungen sind und damit als Verpflichtungen nur wirksam, wenn sie der Form des § 518 entsprechen? Das RG hat diese Frage früher verneint. Bis zu den Entscheidungen im 120. und 125. Band, war es ständig der Ansicht, daß das, was zur Erfüllung sittlicher Pflichten geleistet werde, keine Schenkung sei. So schrieb das RG 1913: Eine Leistung, für die keine sittliche oder Anstandspflicht bestehe, sei unentgeltlich zugewandt¹⁾. Und noch 1930 läßt sich das RG so hören:

"Mit Unrecht bekämpft die Revision die Annahme, daß eine sittliche Verpflichtung ausreiche, um die Schenkung auszuschließen" (2) .

Das Gericht beruft sich dabei zu Recht auf die frühere Rechtsprechung³⁾, übersieht aber den zwischenzeitlichen Wandel⁴⁾. Das RG sagt in den Urteilen zwar nicht, daß diese Leistungen entgeltlich sind. Dennoch besteht gegen eine so allgemeine Formulierung, die die Erfüllung sittlicher Pflichten aus den Schenkungsbegriff ausnimmt, Bedenken, die sich aus § 534 herleiten. § 534 setzt den Tatbestand der Schenkung voraus. Liegt deshalb keine Gegenleistung vor, so ist eine Vermögenszuwendung i.d.R. auch dann Schenkung, wenn sie zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde.

- g) Das Gesetz selbst hat aber eine deutliche Ausnahme von den Schenkungsregeln gelten lassen. Es hat die Leistung einer

1) RG WarnRspr.1908 Nr.205; RG JW 1913 S.855; RG JW 1917 S.103; RG Recht 1920 Nr.2356; RG WarnRspr. 1925 Nr.232; RG HRR 1928 Nr.1407

2) RG HRR 1930 Nr.969

3) Vgl. RG WarnRspr.1908 Nr.205 und WarnRspr.1925 Nr.232

4) RGZ 120, S.253 ff.; oder aber der III.Senat wollte 1930 die Entscheidung des V.Senats (RGZ 120), bzw. des IV. Senats (RGZ 125 S.380 ff.) übergehen.

Aussteuer als unentgeltliche Leistung angesehen, aber trotzdem eine formfreie Verpflichtung zu solchen Leistungen anerkannt. Der gesetzgeberische Grund dieser Regelung war wohl das besondere "familienrechtliche Verhältnis" und der personensorgerechte Charakter, der diesen Leistungen zugrunde liegt. Der Schutz vor übereilten Verfügungen sowie die sonstige Ausgestaltung des Schenkungsrechtes paßt auf solche Leistungen nicht. Der Fürsorgegedanke ist ein sozialethisch begründetes Postulat¹⁾, das den geringeren Schutz des Zuwendenden rechtfertigt.

In diese Richtung gehen einige Entscheidungen des RG, die eine Verpflichtung aus einem Versprechen immer dann bejaht habe, wenn eine fürsorgliche Maßnahme hinter der Verpflichtung stand. Allerdings hat das RG meist - zu Unrecht - eine Gegenleistung bejaht. So hatte ein Beklagter als Kavallerie-leutnant einer Kellnerin, mit der er "eheähnlich" zusammenlebte, 15 000 M versprochen, falls er sich, "was ziemlich ausgeschlossen ist", andererseits verheiraten würde. Als der Leutnant dann doch (standesgemäß) heiratete, verlangte die Kellnerin das Geld. Das RG sprach es ihr zu. Das Verhältnis sei nämlich eheähnlich gewesen, die Zahlung nicht nur zur Ermöglichung des Geschlechtsverkehrs erfolgt. Vielmehr sei die gesamte Lage der Kellnerin - sie hatte inzwischen 3 Kinder - entscheidend gewesen. Das RG fügt abschließend hinzu: "Hiernach nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, daß der Rechtsgrund des Schuldversprechens nicht nur ^{nicht} sittenwidrig war, sondern daß die sittliche Pflicht und anständige Den-kungsweise dem Beklagten geboten hätten, die Klägerin für die Opfer, die sie ihm gebracht hatte, ... zu entschädi-gen ... "²⁾. Entgeltlich sollte es auch sein, wenn eine Frau wegen ihrer Heirat ihren Beruf aufgab³⁾:

"Waren aber die Beteiligten hier einig, daß der Beklag-ten aus der Aufgabe ihrer Beamtenstellung ein Anspruch auf Zahlung von 30 000 RM gegen den Bräutigam erwachsen,

1) Larenz, Methodenlehre, S.396

2) RGZ 98, S.176 (177)

3) RG Recht 1919 Nr.1950

dessen Zahlungsverprechen also die Gegenleistung für die der Beklagten angesonnenen Haltung bilden sollte, so war die Zuwendung keine unentgeltliche, selbst wenn die Einigung über ihre Vergütung erst stattgefunden hat, nachdem sie bereits durch Eingehung des Verlöbnisses sich zu dem zur Eheschließung erforderlichen Ausscheiden aus dem Staatsdienst bereiterklärt hatte".

Entgeltlichkeit wird ebenfalls bejaht wenn ein Ausstattungsverprechen dem künftigen Ehemann gegeben wird. Entgelt sein soll dabei die Übernahme der Ehelasten¹⁾. Diese Ansicht ist von der h.L. vorbehaltlos akzeptiert²⁾.

Dem stehen aber erhebliche Bedenken gegenüber: Die Kellnerin hat keine Gegenleistung für das Schuldversprechen erbracht; denn in einem eheähnlichen Verhältnis sind Leistung und Gegenleistung ausgewogen. Das hat das BAG in einem ähnlichen Fall zutreffend entschieden³⁾. Auch das Ausscheiden aus einem Arbeitsverhältnis kann keine Gegenleistung sein: Die Braut wollte den Bräutigam anscheinend dazu veranlassen, sie für den Fortfall ihrer späteren Pension zu entschädigen. Eine Gegenleistung ist das Heiratsversprechen der Braut aber in keinem Fall. Auch die Übernahme der Ehelasten durch den späteren Ehemann ist keine Gegenleistung für die Gewährung der Ausstattung. Das sittliche Wesen der Ehe steht im Widerspruch zu der Vorstellung, daß die Eingehung einer Ehe von einem Entgelt abhängig gemacht werden könne.

h) Dennoch ist das Ergebnis dieser Entscheidung, die Bindung an die Verpflichtungen, begrüßenswert; auf diese Bindung kam es

1) RG GruchBeitr.51 S.376; RGZ 62 S.273; RG JW 1911 S.278; RG Recht 1913 Nr.1727

2) Palandt-Putzo, § 516 Anm.4 f.; Soergel-Ballerstedt, § 516 Anm.15; siehe ausführliche Darstellung der ursprünglich schwankenden Rechtsprechung bei Oertmann in seinem Kommentar S.965.

3) BAG NJW-1959 S.1511. Das BAG bejaht deshalb hier Schenkung. Bei der Zuwendung des Mannes standen aber eindeutig Versorgungsgesichtspunkte im Vordergrund, so daß die Verneinung der Ansprüche als ungerecht erscheint. Die Berufung auf zwei ältere RG-Entscheidungen (RGZ 94 S.322 und RGZ 125 S.380) ist recht zweifelhaft.

dem RG in erster Linie an. Das zeigt ein Vergleich mit anderen Entscheidungen:

So hat das RG die Zahlung eines älteren Mannes an seine jugendliche Frau, durch die er sie zur besseren Erfüllung ihrer ehelichen Pflichten anhalten wollte, als unentgeltliche Zuwendung bezeichnet¹⁾. Die beklagte Frau war damals der Auffassung, die "Geschenke" des Mannes seien Entgelt nicht nur für die ehelichen Pflichten, sondern für all das, was sie durch ihre Ehe aufgegeben habe, wie z.B. ihre Stellung als Pflegerin. Das RG entschied aber ganz hart, dies alles seien Pflichten gewesen, die die Beklagte bereits vorher durch ihr Eheversprechen dem Kläger gegenüber gehabt habe.

Dieselbe Überlegung, die das RG jetzt zur Verneinung eines Entgelts führte, nämlich die Tatsache, daß die Pflichten bereits durch das Eheversprechen begründet wurden, müßte auch für das "Ausstattungsversprechen" an den Bräutigam gelten. Zur Übernahme der Ehekosten ist der Ehemann sowieso kraft Gesetzes verpflichtet.

Ebenso verneinte das RG die Verpflichtung aus einem Schuldschein, in dem eine verheiratete Frau ihrem Geliebten eine Geldsumme versprochen hatte "für verpaßte Heiratschancen"²⁾. Auf den ersten Blick scheint eine Ähnlichkeit mit dem Schuldversprechen an die Kellnerin vorhanden zu sein. Auch sie hatte Heiratschancen verpaßt. Die unterschiedliche Bewertung aber - die auch dem Rechtsempfinden entspricht - ergibt sich daraus, daß in allen Fällen, in denen das Gericht ein Entgelt bejaht hat, Gesichtspunkte der "Fürsorge" im Vordergrund standen; und zwar einer Fürsorge, die sich aus einem längeren personenrechtlichen Band entwickelte.

- i) Diese Erkenntnis verdichtete Lorenz zu der Annahme, man müsse die Fürsorge als eigene causa der Entgeltlichkeit anerkennen³⁾. Damit geht Lorenz m.E. zu weit. Gewiß, eine causa eigener Art liegt vor. Schon die Motive anerkennen bei der Aus-

1) RG JW 1917 S.848 Nr.3

2) RG JW 1913 S.855 Nr.2

3) Lorenz (A.1 S. 75 S.559

stattung eine causa eigener Art¹⁾: Soweit die Ausstattung das den Vermögensverhältnissen entsprechende Maß übersteige, so falle insoweit die causa, welche der Leistung den Charakter der Schenkung nehme, weg. Diese Nebenbemerkung ist der entscheidende Ansatzpunkt. Zwar liegt eine causa eigener Art vor; damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Ausstattung schon ein entgeltliches Geschäft ist. Vielmehr handelt es sich jetzt um ein unentgeltliches Geschäft eigener Art. Das zeigt noch § 1624 Abs.2, der auf die Schenkung verweist. Weil es eine eigene causa hat, ist die Verpflichtung dazu formlos gültig. Dieser Gedanke, der bei der Ausstattung durchscheint, läßt sich auch auf andere - ähnliche - Rechtsgeschäfte übertragen. Und ähnlich sind eben diejenigen Geschäfte, bei denen der Fürsorgegedanke in gleicher Weise zum Tragen kommt wie bei der Ausstattung. Es scheint deshalb gerechtfertigt, in den besprochenen Fällen ebenso wie in den nachträglichen Rentenversprechen eine eigene causa der Unentgeltlichkeit anzunehmen.

Die strikte Ablehnung des Fürsorgegedankens durch Schwerdtner kann für das nachträgliche Rentenversprechen nicht gelten²⁾: Wenn erst nach einiger Zeit ein Pensionsversprechen erteilt wird, so fehlt es während des Arbeitsverhältnisses an jeder Verpflichtung des Unternehmers zur Bezahlung der Pension. Wenn er sich nachher entschließt, von sich aus zu leisten, kann dies nur aus einer moralischen Verpflichtung heraus erklärt werden. Schwerdtner selbst schreibt:

"Sicherlich kann nicht ausgeschlossen werden, daß sich mit dem rationalen Endzweck einer betriebswirtschaftlichen Maßnahme wie der Begründung von Ruhegeldansprüchen auch ein Gefühl wirklicher sozialer Verantwortung verbindet ...³⁾".

1) Prot.IV S.719

2) Schwerdtner a.a.O. (S.58 Anm.2) S.168 ff.

3) a.a.O. (vgl. Anm.2) S.156

Dieses "Gefühl wirklicher sozialer Verantwortung" ist nichts anderes als der Gedanke der "Fürsorge" - wenn auch in andere Worte gekleidet.

Es bleibt daher bei der "eigenen causa der Unentgeltlichkeit". Das ist ein Ergebnis, das bereits Stampe zu Beginn des Jahrhunderts postuliert hat¹⁾.

Methodisch gesehen handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion des § 516 bezüglich unentgeltlicher Leistungen, die aus einem längeren personenrechtlichen Band entspringen und fürsorgerechtlichen Charakter tragen. Der Schutzzweck des § 516, den Schenker vor übereilten Maßnahmen abzuhalten, trifft auf solche Fälle nicht zu. Die dadurch entstehende Gesetzeslücke wird ausgefüllt durch eine analoge Anwendung des Gedankens aus § 1624. Dort liegt der gesetzliche Anhaltspunkt für die Behandlung solcher Fälle.

Geht man nochmals zum Ausgangspunkt zurück, so zeigt sich, daß nicht jede "nachträgliche Vergütung" echtes Entgelt ist. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob die Gegenleistung sich noch im Rahmen eines Rechtsverhältnisses bewegt oder ob sie bereits außerhalb liegt, weil das Schuldverhältnis bereits beendet ist.

1) Stampe, Causaprobleme, S.42

Im ersten Fall handelt es sich regelmäßig um ein entgeltliches Geschäft, im zweiten um ein unentgeltliches, das aber nicht den Schenkungsregeln folgt.

5. Die Auflage

Die h.L. sieht, wie schon erwähnt, die Schenkung unter Auflage als volle Schenkung an, nicht etwa als gemischte. Wichtig ist dabei, daß nach der h.L. diese Einschränkung der Leistung nach dem Willen der Parteien einen Teil der Bereicherung aufzehren darf, wenn nur dem Beschenkten überhaupt eine Bereicherung bleibt. Man spricht dabei von einer Minderung des Wertes der Schenkung¹⁾.

- a) Wer immer eine solche Minderung der Bereicherung allgemein zuläßt, der hat große Schwierigkeiten, die Auflage von der gemischten Schenkung abzugrenzen. Ein Ausgleich von Leistung und Gegenleistung liegt auch bei einer gemischten Schenkung nie vor. Beschränkt man aber den Ausgleich nur auf den entgeltlichen Teil der Leistung, so liegt ein solcher Ausgleich bei der Auflage auch dann vor, wenn ihre Erfüllung verabredungsgemäß einen Teil der Schenkung aufzehrt. Gewöhnlich ergänzt sich deshalb die h.L. noch durch den Satz: Die Auflage sei nur Nebenzweck der Schenkung, diese sei der Hauptzweck²⁾. Diese Umschreibung ergibt aber ebenfalls keine Abgrenzung zur gemischten Schenkung. Dort kann der entgeltliche Teil sehr wohl nur Nebenzweck des unentgeltlichen Geschäftes sein, also der Schenkungscharakter weit überwiegen.³⁾

1) Vgl. dazu Larenz, SchR II S.134; Palandt-Putzo, § 525 Anm.1 und 16; Esser, SchR II S.86 f.; Soergel-Ballerstedt, § 525 Anm.1; Erman-Böhle-Stamschräder, § 525 Anm.1

2) Vgl. die Autoren in Anm.1, mit Ausnahme von Esser. Böhle-Stamschräder vermeidet den Ausdruck "Nebenzweck" und schreibt statt dessen "Nebenbestimmung"; an der Sache ändert er damit nichts.

3) Vgl. z.B. RGZ 60 S.238 ff.

Andererseits kann man sich Fälle vorstellen, in denen die Auflage den eigentlichen Hauptzweck der Schenkung ausmacht: Ein reicher, aber "ungebildeter" Mann läßt einem versnobten Altersheim eine sehr hohe Schenkung unter der Auflage zukommen, ihn aufzunehmen und zu pflegen; er weiß, daß er nur auf diesem Weg in das Heim gelangen kann. Für ihn ist die Auflage der Hauptzweck dieser Schenkung¹⁾.

Einige versuchen die Trennung der gemischten Schenkung von der Auflage über die Feststellung, daß jene sich aus einem entgeltlichen und einem unentgeltlichen Teil zusammensetze, bei dieser aber der ganze Gegenstand geschenkt sei²⁾. Das ist eine *petitio principii*, aber kein brauchbarer Ausgangspunkt.

- b) Oertmann³⁾ - und vor ihm schon Haymann⁴⁾ - suchen den Unterschied mit der Formulierung zu erfassen, die Gegenleistung zur Erfüllung der Auflage dürfe nur aus der Zuwendung entnommen werden, nicht aber aus dem sonstigen Vermögen des Schenkers. Oertmann findet diese Unterscheidung durch eine Anleihe bei den "ewigen römischen Lehrmeistern". Durch diese Einschränkung wird für die Auflage ein starr verengtes Gebiet bestimmt. Eine Schenkung eines Gegenstandes unter der Auflage, dafür eine geldwerte Leistung zu erbringen, wäre danach nicht möglich. Ebensowenig die Schenkung eines Grundstückes unter der Auflage, den Schenker zu verpflegen. Dieser Schwierigkeit will Oertmann allerdings in einem gewissen Rahmen Rechnung tragen. Er spürt die Schwäche seiner Definition und er schreibt daher:

"Freilich darf man den Satz, die Auflage enthalte nichts als eine Einschränkung der Gabe an den Beschenkten, nicht allzu buchstäblich verstehen" (5) .

1) Vgl. auch noch Wieacker, Festschrift für Wilburg (Graz 1965), S.253

2) Enneccerus-Lehmann, SchR S.499 = § 125 II; Palandt-Putzo, § 525 Anm.1b; RGRK-Kuhn Anm.7; Staudinger-Ostler Anm.11

3) Entgeltliche Geschäfte, S.52

4) JherJb 56 S.119

5) a.a.O. S.54 f.

Er will deshalb bei Schenkung eines Gegenstandes eine Auflage in Form einer Geldleistung genügen lassen. Bei einer Geldschenkung hält er dagegen eine Auflage in Geldform für unzulässig¹⁾. Bei Gegenständen könne nämlich von der konkreten Brauchbarkeit abstrahiert werden: man könne sie auf die neutrale Wertfrage Geld zurückführen. Die Gabe erscheine als ein "abstraktes Wertquantum". Bei einer Geldschenkung sei eine solche Berechnung nicht möglich, da Geld von vornherein "abstrakte Werteinheit" sei.

Diese mühsamen Konstruktionsversuche sprechen gegen die Ansicht von Oertmann: Soll etwa die Schenkung einer Geldsumme unter der Auflage, die Zinsen - also wieder Geld - an den Schenker oder einen Dritten abzuführen, nicht möglich sein? Das ist recht unwahrscheinlich. Deshalb ist diese Meinung von der Lehre auch schon bald abgelehnt worden²⁾.

Trotzdem greift heute anscheinend Esser wieder auf diese Theorie zurück³⁾. Er will die Auflage danach abgrenzen, "ob die Zuwendung selbst (bzw. ihr Wert) der Vollziehung der Auflage dienen, ob also der Beschenkte zu Leistungen mittels der Zuwendung verpflichtet sein sollte oder ob die Zuwendung als Gegenleistung für eine aus dem Vermögen des Empfängers zu erbringende Leistung gedacht war⁴⁾". Für diese Auffassung gilt dasselbe wie für Oertmann: Es muß doch für die Rechtsnatur der Auflage gleich sein, ob jemand, der ein Grundstück geschenkt bekommt, kraft Auflage einen jährlichen Ertrag aus den Früchten abgeben muß oder ob er - aus seinem Vermögen - dem Schenker einen etwa adäquaten Geldbetrag überweist.

1) Entgeltliche Geschäfte, S.55

2) Enneccerus-Kipp-Wolff, BGB (11.Aufl.) S.348 Anm.3; Liebisch, Zuwendungen, S.30; Planck-Knoke, § 525 Anm. 1 b; A.v.Tuhr III S.166 f.

3) Schuldrecht II S.87 = § 67 IV 1

4) Ganz eindeutig ist die Stellungnahme Essers aber nicht; er geht auf Oertmann nicht weiter ein.

c) Die bisherigen Lösungsversuche haben alle keine befriedigende Abgrenzung der gemischten Schenkung ergeben. Sie gehen von der Auffassung aus, die Schenkung unter einer Auflage sei reine Schenkung und versuchen nur verschiedene Wege, um diese These zu halten. Wer aber zugibt, und das tun alle, daß die Auflage nach dem Willen der Parteien einen Teil der Bereicherung, der durch die Schenkung erwachsen sei, aufzehren könne, der begibt sich dadurch in unlösbaren Widerspruch zum eigenen Ausgangspunkt. Die Schenkung setzt nämlich, um überhaupt Schenkung zu sein, eine Bereicherung voraus; das ist allgemein anerkannt. Was aber der Empfänger zur Erfüllung der Auflage verwenden muß, das mindert nach h.L. die Bereicherung. Trotz dieser "fehlenden" Bereicherung soll die Gabe jetzt noch volle Schenkung sein. Logisch gesehen, ist ein solcher Schluß nur schwer verständlich.

Wie wenig brauchbar dieser Ausgangspunkt ist, zeigt ein Urteil des Reichsgerichts¹⁾, das ganz in Einklang mit der h.L. gefällt wurde²⁾: Die Beklagte hatte vor ihrer Schwester ein Haus geschenkt bekommen unter der Auflage, die darauf ruhenden Schulden zu bezahlen. Der Wert des Hauses betrug ca. 52.000 Mark, die Höhe der Hypotheken ca. 49.000 Mark. Das Gericht sprach dem Fiskus dennoch die Schenkungssteuer in voller Höhe von 52.000 Mark zu; denn das Wesen der Schenkung unter einer Auflage werde dadurch nicht geändert, daß die Auflage entweder einen gleichberechtigten oder gar den alleinigen Hauptzweck bilde und daß deshalb die Bereicherung des Bedachten nur als Nebenzweck anzusehen sei³⁾.

Inkonsequenz kann man diesem Urteil nicht vorwerfen. Seine Unhaltbarkeit liegt aber auf der Hand. Ein Grundstück, das beinahe bis zum Schornstein belastet ist, ist praktisch wertlos. Das RG zieht sich mit der Bemerkung aus der Klemme, es entspreche der Natur der Sache, daß, wer ein Grundstück

1) RGZ 60 S.238 ff.; RGZ 105 S.308

2) Dieses Urteil wird zustimmend in den Kommentaren zitiert, vgl. Anm.1 S.84

3) RGZ a.a.O. S.239 f.

verschenke, nicht noch die darauf liegenden Schulden bezahlen wolle¹⁾. Auch wenn diese Ansicht richtig wäre, so wäre sie noch kein Beweis dafür, daß eine solche Schenkung "der Natur der Sache nach" in voller Höhe Schenkung sein müsse.

- d) Weil diese Ansätze nicht recht befriedigen können, hat man immer wieder versucht, die Auflage in das Gebiet der gemischten Schenkung herüberzuziehen. So wollen Enneccerus-Lehmann noch heute die Schenkung unter Auflage als gemischte Schenkung verstehen, sie allerdings einheitlich nach Schenkungsregeln behandeln²⁾.

Das BGB selbst gibt anscheinend einen Hinweis auf die Nähe der Auflage zur gemischten Schenkung in § 527. Dort kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes, falls die Vollziehung der Auflage unterbleibt, nur insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Das scheint eine gesetzliche Regelung der Quotentheorie zu sein, die bei der Abgrenzung zur gemischten Schenkung vertreten wird.

Muß man also die Auflage stets als gemischte Schenkung betrachten? Der Schluß liegt nahe. Jedoch sollen zunächst die Konsequenzen einer solchen Einordnung bedacht werden.

Wenn die Auflage die Unentgeltlichkeit wenigstens teilweise aufhebt, dann ist sie nichts anderes als eine besondere Art der Entgeltverknüpfung³⁾. Daraus ergibt sich, daß sie als vierte Art der rechtlichen Abhängigkeit neben die synallagmatische, konditionelle und causale zu stellen wäre. Man könnte hier von "modaler" Abhängigkeit sprechen.

Die Rechtsnatur der Auflage wäre dann ähnlich wie die der Bedingung. Das ist eine Einsicht, die das Schrifttum des öfteren ausdrücklich betont hat. So weist schon A.v.Tuhr

1) RGZ a.a.O. S.239

2) SchR S.499 = § 125 II

3) So Harms, Unentgeltlichkeit, S.77

darauf hin, daß der Schenker das Verhalten des Beschenkten ebenso durch die Bedingung, wie durch die Auflage beeinflussen könne, wenn auch in juristisch sehr verschiedener Weise¹⁾. Er will es deshalb der Auslegung überlassen, ob sich eine Vorschrift als Auflage oder als Bedingung darstellt. Auch Esser rückt die Auflage in die Nähe der Bedingung²⁾. Bei der Abgrenzung zwischen Auflage und Zweck-schenkung betont er das Interesse des Zuwendenden und will bei erheblichem Interesse des Schenkers eine Auflage annehmen. Er fährt dann aber fort: Am stärksten könne sich der Zuwendende durch die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung schützen. Flume weist darauf hin, daß die gemeinrechtliche Literatur Bedingung, Befristung und Auflage gemeinsam behandelt habe³⁾.

Die Nähe zur Bedingung zeigt sich auch, wenn man die Rechtswirkung beider Rechtsinstitute gemeinsam untersucht: Ein Geschäft unter aufschiebender Bedingung wird erst wirksam, wenn die Bedingung eintritt. Ein Geschäft unter auflösender Bedingung wird hinfällig, wenn die Bedingung eintritt.

Die Ausgestaltung der Auflage verbindet Elemente beider Arten der Bedingung: Von der aufschiebenden Bedingung hat sie die Endgültigkeit für den Fall der Vollziehung der Auflage (= des Eintrittes der Bedingung). Von der auflösenden Bedingung hat sie den sofortigen Eintritt der Leistungspflicht des Zuwendenden. Sie unterscheidet sich von der auflösenden dadurch, daß das Rechtsgeschäft durch den Vollzug (= den Eintritt der Bedingung) gerade rechtsbeständig wird. Und der Unterschied zur aufschiebenden Bedingung besteht darin, daß die Schenkung sofort wirksam wird, der Schenker nur anschließend Vollziehung der Auflage verlangen kann.

1) AT III S.166

2) Schuldrecht II S.87 = § 67 IV¹

3) Das Rechtsgeschäft, S.685 = § 38 3. Das ist so in der Tat: vgl. Arndts, Pandekten (11.Aufl.) S.112 ff., §§ 66-74; Brinz, Pandekten II S.15 ; Vangerow, Pandekten I (7.Aufl.) S.156; Windscheid-Kipp, Pandekten I S.511 ff.

Mit der Einordnung der Auflage als besondere Rechtsform wäre auch eine Verbindung zum Verwaltungsrecht gefunden¹⁾. Diese Ergebnisse lassen es reizvoll erscheinen, die Auflage tatsächlich nur als eine besondere Rechtsform der Entgeltverknüpfung anzusehen.

Man vergegenwärtige sich aber zunächst noch einmal die Auflage als gemischte Schenkung:

Einmal verpflichtet sich der Schenker zur Leistung des Gegenstandes.

Zum anderen wird der Auflagebeschwerter zur Leistung der Auflage verpflichtet.

Dieses Ergebnis - soweit ein Schenkungsversprechen vorliegt - erinnert sehr stark an die Regelung des gegenseitigen Vertrages in § 320. Eine Leistung unter einer Auflage wäre ein gegenseitiger Vertrag mit der Besonderheit der Vorleistungspflicht. Hoeniger faßt deshalb die Schenkung unter Auflage stets als gegenseitigen Vertrag auf²⁾.

Dieses Ergebnis, das muß noch einmal betont werden, ist nichts weiter als die Konsequenz aus der Anerkennung, daß die Auflage die durch die Schenkung erzeugte Bereicherung nach dem Willen der Parteien teilweise wieder aufheben kann.

- e) Dieses Ergebnis weckt zugleich Bedenken: Die Auflage wäre dann als allgemeines Rechtsinstitut mit Rechtsgeschäften aller Art möglich. Warum hat dann aber der Gesetzgeber die Auflage ausdrücklich nur bei der Schenkung geregelt?

Die allgemeine Vorstellung im Rechtsverkehr verbindet die Auflage bzw. die Erfüllung einer Auflage immer nur mit dem vorherigen Vollzug einer Schenkung. Was soll man etwa davon halten, wenn ein Eigentümer eine Sache verleiht "unter der Auflage", dafür einen bestimmten Betrag zu bezahlen?

1) Vgl. Forsthoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.210 ff.

2) Gemischte Verträge, S.254 ff.;
gegen ihn Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.58

Einen solchen Vertrag wird man bedenkenlos als Miete einstufen. Wenn der "Verleiher" statt Geld eine andere Gegenleistung "in Auflageform" verknüpft, so würde man von einem entgeltlichen Geschäft sprechen, aber nicht von einer Leihe unter einer Auflage. Die Leihe unterscheidet sich von der Schenkung gerade dadurch, daß der Vermögensgegenstand im Vermögen des Verleihers bleibt. Der Entleiher hat lediglich das Recht, den Gegenstand vorübergehend zu nutzen.

Dasselbe gilt sinngemäß bei einem Darlehen. Vergibt jemand ein zinsloses Darlehen "unter der Auflage" ihm dafür einen Geldbetrag zu überweisen, so erntet er für die Bezeichnung als "zinslos" allenfalls ein mildes Lächeln. Ähnlich stellt sich die Rechtslage bei einem "Auftrag unter einer Auflage" dar.

Auch bei ~~Einräumung~~ eines Nießbrauches ist die Sachlage dieselbe. Wird der Nießbrauch unentgeltlich eingeräumt, so ist keine "Auflage" denkbar nach der Art, daß der Nießbraucher für die Einräumung des Nießbrauches eine Leistung erbringen muß.

- f) Will man dem besonderen Charakter der Schenkung unter einer Auflage Rechnung tragen, so muß man ernst machen mit der Behauptung, daß eine solche Schenkung stets volle Schenkung bleiben müsse. Dieses Ergebnis kann man aber nur erreichen, wenn man die Auflage auf Leistungen beschränkt, die den Wert (= die Substanz) des geschenkten Gegenstandes unberührt lassen. Das ist einmal dann der Fall, wenn sich die Auflage auf die Leistung von Nutzungen beschränkt; zum anderen bei Verwaltungsanordnungen.

Die Beschränkung auf die Nutzungen scheint der Grundgedanke all der Versuche zu sein, die die Auflage als Leistung "aus" dem geschenkten Gegenstand ansehen. Irreführend ist dabei jedoch die stete Betonung der möglichen Minderung der Bereicherung. Die Beschränkung auf die Nutzungen zeigt sich beim Vergleich der Auflage und der Schenkung unter dem Vorbehalt eines Nießbrauches. Eine solche Schenkung ist von

der Rechtsprechung¹⁾ unter dem Beifall der Lehre²⁾ als volle Schenkung anerkannt worden, eben weil der Wert des Gegenstandes voll erhalten bleibt. Die Rechtsprechung hat eine Schenkung unter Auflage stets dann bejaht, wenn die Leistung aus den Nutzungen des geschenkten Vermögens erbracht wurde³⁾: So meint das RG im 120.Band, eine Schenkung unter Auflage werde in der Regel so bemessen, daß ihr Ertrag zumindest die laufenden Ausgaben decke⁴⁾. Ganz ähnlich erwähnt das RG im 60.Band die Möglichkeit einer Auflage, aus einem geschenkten Kapital Zinsen zu zahlen⁵⁾. Damit zeigt sich wieder der Unterschied zur Leihe oder zum Darlehen. Beide sind von vornherein darauf beschränkt, dem Empfänger die Nutzungen zu verschaffen, und zwar ausschließlich die Nutzungen. Während bei der Schenkung dem Beschenkten der Gegenstand zugewendet wird und er damit die Möglichkeit hat, Nutzungen zu ziehen.

Freilich darf man bei der Gestaltung der Auflage nicht kleinlich sein und eine Auflage nur in der Form von Leistungen von tatsächlichen Nutzungen zulassen. Es muß gleichgültig sein, ob der Auflageverpflichtete, der ein Grundstück geschenkt bekommen hat, dem Schenker unmittelbar einen Teil des Ertrages (etwa die Früchte) geben muß oder ob er in Höhe dieses Teils aus seinem Vermögen einen Geldbetrag abführt. Der entscheidende Gesichtspunkt muß aber sein, daß die Substanz des Gegenstandes voll erhalten bleibt. Wer etwa

-
- 1) RGZ 148 S.324 bei Beurteilung der Frage, ob eine solche Schenkung einem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringe; Ebenso OGHZ NJW 1949 S.260; OLG Bamberg NJW 1949 S.788
 - 2) Larenz, AT S.148 = § 12 III; Palandt-Danckelmann, § 107 Anm.2; RGRK - Krüger-Nieland, § 107 Anm.9; Staudinger-Coing, § 107 Anm.7. Eine Auflage wäre dagegen als Verpflichtung ein rechtlicher Nachteil; vgl. die angegebenen Autoren.
 - 3) Abgesehen von der Entscheidung in Band 60 S.238 ff.
 - 4) RGZ 120 S.237(240); ähnlich auch OLG Bamberg (Anm.1). Es hat reine Schenkung auch dann bejaht, wenn der Beschenkte sich verpflichtet, Miete zu zahlen.
 - 5) Vgl. Anm.3

ein Mietshaus verschenkt unter der Auflage, die vollen Mieteinnahmen abzuliefern und von dem Beschenkten auch noch verlangt, daß dieser die gewöhnlichen Erhaltungskosten trage, der schenkt nicht mehr in voller Höhe, denn die Substanz der Sache bleibt nicht erhalten. Eine Regelung, die ebenfalls die Werterhaltung des Gegenstandes sichert, hat das BGB in § 1041 für den Nießbrauch gefunden. Dort wird der Nießbraucher verpflichtet, für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen. Falls also eine Schenkung vorläge unter der Auflage, dem Schenker den Nießbrauch einzuräumen, so bliebe doch der Gegenstand voll erhalten. Deshalb hat das RG diesen Fall zu Recht als volle Schenkung eingeordnet.

Will man die Schenkung unter einer Auflage voll als Schenkung ansehen, so kann man das nur vor dem Hintergrund des § 517. Dort zeigt sich, daß die Einräumung der Möglichkeit Nutzungen zu ziehen, keine Schenkung im Sinne des BGB ist¹⁾; denn die Nutzungen stammen nicht "aus dem Vermögen". Vielmehr hat der Schenker nur auf einen Vermögenserwerb verzichtet. In diesem Sinn kann man sagen, daß die "Leistung" von Nutzungen nach der gesetzlichen Typisierung keine Gegenleistung im Sinne des Schenkungsrechtes sein soll.

- g) Problemlos scheint dagegen die Auflage zu sein, wenn sie sich nur auf Verwaltungsanordnungen beschränkt²⁾. Wenn etwa eine Universität eine Villa geschenkt bekommt unter der Auflage, sie nur als Erholungsheim zu verwenden, oder eine Stadt einen Park geschenkt bekommt unter der Auflage, ihn dem Publikum zu öffnen³⁾.

Dennoch hält es ein großer Teil der Lehre für unmöglich,

1) Vgl. dazu unten § 5 I

2) Auffallend ist die besondere gesetzliche Regelung von Verwaltungsanordnungen in den §§ 1418 Abs.2 Nr.2, 1639 und 1803 Abs.1

3) Hoeniger, Gemischte Verträge, S.258, bringt das Beispiel einer Schenkung unter der Auflage, die Vögel zu füttern.

Verwaltungsanordnungen zu erlassen¹⁾. Hoeniger umgeht diese Frage, indem er in Verwaltungsanordnungen i.d.R. sowie so nur einen unverbindlichen Rat sehen will²⁾. Das mag manchesmal stimmen, manchesmal nicht. Sieht man aber immer nur einen unverbindlichen Rat in solchen Anordnungen, so hat der Schenker keine Möglichkeit, eine weitere Behandlung des Gegenstandes sicherzustellen. Die Verweigerung dieser Möglichkeit ist nicht recht verständlich. Der größte Teil der Lehre ist aber der Auffassung, es handle sich bei den Verwaltungsanordnungen nicht um Leistungen seitens des Empfängers³⁾. Das Erfordernis, daß die Auflage eine Leistung sein müsse, nimmt man aus dem Wörtchen "seinerseits" in § 525⁴⁾. Gewiß, die Auflage muß eine "Leistung" sein; insoweit ist der Schluß aus § 525 überzeugend. Das alles kann aber noch nicht für die h.L. genügen. Das Befolgen einer Verwaltungsanordnung kann man ebensogut als "Leistung" bezeichnen. Nach § 241 kann jedes Verhalten des Schuldners Leistung sein, soweit er dem Gläubiger gegenüber dazu verpflichtet ist. Eine Pflicht des Betroffenen liegt auch bei der Verwaltungsanordnung vor. Und nach der h.L. kann grundsätzlich jedes Tun oder Unterlassen Inhalt einer Auflage sein. Wenn dem so ist, dann ist die h.L. aber inkonsequent, wenn sie die Verwaltungsanordnung aus dem Auflagenbegriff ausscheidet.

Die Regelung der §§ 525 ff. zeigt aber noch mehr als nur die Erkenntnis, daß die Auflage eine Leistung sein müsse: Die Betonung des "Wertes der Zuwendung" in § 526 S.1, die Mög-

-
- 1) Erman-Böhle-Stamschräder, § 525 Anm.3; Esser, SchR II S.87 = § 67 IV 1; Haymann, Schenkung, S.38; Hoeniger, Gemischte Verträge, S.256 f.; Palandt-Putzo, § 525 Anm. 1b 2. RGRK-Kuhn, § 525 Anm.3; Staudinger-Ostler, § 525 Anm.14
 - 2) Hoeniger a.a.O. (Anm.1) S.257; ebenso Enneccerus-Lehmann, SchR S.499; RGRK-Kuhn § 525 Anm.3
 - 3) Vgl. die Kommentare in Anm.1
 - 4) Erman-Böhle-Stamschräder Anm.3; Palandt-Putzo Anm.1a; Soergel-Ballerstedt Anm.8; Staudinger-Ostler Anm.6

lichkeit, Aufwendungsersatz zu verlangen nach § 526 S.2. sowie die Verweisung auf die Regeln über die Herausgabe nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zeigen, daß die Auflage nur auf vermögenswerte Leistungen beschränkt wurde. Da eben der Wert des Gegenstandes voll erhalten bleiben muß, kann es sich nur um solche Leistungen handeln, die auf die Nutzungsmöglichkeit Bezug nehmen. Von daher ist auch § 526 S.1 zu verstehen. Ist die Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder eines Rechtes infolge eines Mangels geringer als vorgesehen, so würde die Vollziehung der Auflage die Substanz angreifen und damit u.U. den Gegenstand selbst aufzehren.

Auch Esser vertritt die Ansicht, die Auflage könne nur auf vermögenswerte Leistungen beschränkt werden¹⁾. Diese - nicht klar ausgesprochene - Beschränkung der Auflage auf die vermögenswerte Leistung von Nutzungen ist der eigentliche Hintergrund, auf dem sich die Formulierungen der h.L. bewegen, wie etwa: die Auflage sei nur "Einschränkung der Leistung", sie dürfe nur "aus der Zuwendung" entnommen werden oder daß die "Zuwendung selbst der Vollziehung der Auflage dienen müsse"²⁾.

Verwaltungsanordnungen ergehen dann entweder als Zweck-schenkungen, oder es sind Schenkungen, die mit einer auflösenden Bedingung verbunden sind.

Eine Schenkung unter einer Auflage liegt also nur vor, wenn die Auflage sich darauf beschränkt, die Nutzung des geschenkten Gegenstandes einzuschränken. Insoweit ist die Auflage keine Gegenleistung im Rahmen des Schenkungsrechts.

1) SchR II S.87 = § 67 IV 1

2) Vgl. die Anm. 1 und 4 S.94

§ 3 Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung

Steht auch fest, daß Leistung und Gegenleistung rechtlich miteinander verknüpft sein müssen, so ist mit dieser Erkenntnis doch noch nichts über das inhaltliche Verhältnis beider Leistungen gesagt. Die Frage muß daher beantwortet werden, wie sich Leistung und Gegenleistung zueinander verhalten.

I. Die Auffassungen des 19. Jahrhunderts

Im 19. Jahrhundert wurde fast überall wie selbstverständlich geschrieben, daß die Gegenleistung ein Äquivalent der Leistung sein müsse. Das verstand man aber nirgendwo so, als ob die Gegenleistung objektiv genausoviel wert sein müsse, wie die Leistung. Entscheidend war immer die subjektive Äquivalenz.

1. Das zeigt sich schon bei Savigny, der bei objektivem Überwiegen der Gegenleistung dennoch die subjektive Äquivalenz für möglich hielt¹⁾: Eine gemischte Schenkung liege nämlich bei einer objektiven Bereicherung nur dann vor, wenn der Wille des Zuwenders auf die Bereicherung des anderen gerichtet sei. Auch Fuchta²⁾, Wächter³⁾ und Winscheid⁴⁾ erwähnen stets die äquivalente Gegenleistung unter Betonung des Willens zur Bereicherung. Entscheidend sei jeweils die Vorstellung der Parteien für sich genommen, ob also - so Fuchta - die Absicht des Veräußerers auf eine wertmäßige Veränderung seines Vermögens gerichtet sei (dann Schenkung) oder nicht (dann entgeltliches Geschäft).
2. Nur zwei Vertreter fallen besonders heraus: Sintenis und Jhering.
Sintenis wollte auf ein gleiches oder "gewisses" Wertver-

1) System IV S.58

2) Inst II S.50

3) Pand.II S.433 III

4) Pand.II S.544 Anm.3

hältnis verzichten¹⁾. Damit hatte er anscheinend die subjektive Äquivalenztheorie ad acta gelegt. Er ging allerdings auf diese Problematik nicht näher ein. Die Vermutung liegt nahe, daß er sich mit dieser Bemerkung nur von der objektiven Äquivalenztheorie distanzieren wollte. Das zeigt sich an seinem Hinweis auf die "laesio enormis" des römischen Rechts. Schließlich forderte er noch, daß der Kaufpreis ausdrücklich "den Charakter eines Äquivalents" an sich trage. Dazu gehöre zwar nicht, daß er dem Wert der Sache gleich oder nahe komme, wohl aber, daß er ernstlich als Gegenleistung betrachtet worden sei.

Jhering hingegen forderte zwar ein Äquivalent, aber ein solches in überspitzter Form. Seiner Ansicht nach war die "psychologisch unabweisbare Bedingung (des entgeltlichen Vertrages) die Überzeugung beider Teile, daß dasjenige, was jeder erhält, ihm wertvoller ist, als das was er gibt, jeder sucht nicht bloß zu gewinnen, sondern ist überzeugt, daß er gewinne ..." ²⁾. Burckhard hingegen kehrt wieder zum Äquivalenzgedanken in seinem ursprünglichen Verständnis zurück³⁾, läßt also entscheiden, ob der Vermögensleistung des Gebers eine andere Leistung des Empfängers gegenübersteht, die von beiden Parteien äquivalent eingeschätzt wird. Cosack definiert 1884:

"Entgelt ist also diejenige Leistung, die eine andere als ihr Äquivalent dem Wert nach auszugleichen bestimmt ist; und unentgeltlich ist nur das Geschäft, bei dem die Beteiligten eine Gleichstellung von Leistung und Gegenleistung überhaupt nicht beabsichtigen" (4) .

II. Die BGB-Literatur

Das Schrifttum zum BGB hat diese Überlegung zunächst übernommen⁵⁾.

1) Pand. II S.286

2) Der Zweck im Recht S.88 ff.; insbes.93, 101 ff.

3) Schenkung, S.127/28; - so schon Bekker, Pand.II S.180 B

4) Anfechtungsrecht, S.134

5) Vgl. Planck-Siber § 320

1. Der - soweit ersichtlich - erste schwere Angriff gegen die Äquivalenztheorie erfolgte durch Haymann im Jahre 1905 in seiner Habilitationsschrift "Die Schenkung unter einer Auflage"¹⁾. Er fand in Oertmann einen prominenten Mitstreiter²⁾, dem sich später noch andere anschlossen³⁾. Erst jüngst wieder hat sich van den Daele sehr prononciert gegen die Äquivalenztheorie ausgesprochen⁴⁾. Die Argumente - der als Gegenleistungstheorie bezeichneten Meinung- haben sich seit Haymann weder verändert noch erweitert: Einmal sei die Berufung auf die Wertvorstellungen der Parteien denkbar ungeeignet⁵⁾. Ob es sich dabei um den Gebrauchs- oder Nutzenwert handle, den objektiven oder subjektiven Wert, stets führe eine solche psychologische⁶⁾ Betrachtung zu einer uferlosen Untersuchung der verschiedensten Gründe und Motive der Parteien. Die Äquivalenztheorie sei ein Rückfall in die "Lehre von der zwischen Leistung und Gegenleistung im Synallagma obwaltenden Zweckbeziehung"⁷⁾. Zudem bereite die "strenge Durchführung dieser Theorie unendliche Schwierigkeiten"⁸⁾. Deshalb komme es auf die Vorstellung der Parteien von der Gleich-, Höher- oder Geringwertigkeit nicht an⁹⁾. Einziges Kriterium für die Entgeltlichkeit sei der Inhalt des Rechtsgeschäftes, ob nämlich in der Tat eine Gegenleistung erfolgt sei¹⁰⁾.

"Sobald ich mit meiner Gabe die Anforderung einer Gegenleistung verknüpfe, bin ich kein Schenker mehr, mag ich auch aus reinem Wohlwollen, aus freier Gunst oder zu einem im Kampf um Mein und Dein gleichgültigen Zweck handeln" (11) .

-
- 1) Schenkung, S.11 ff.
2) Entgeltliche Geschäfte, S.46 ff.
3) A.v.Tuhr III S.139 ff.; Liebisch, Zuwendungen, S.46 ff.
4) Probleme, S.6 ff.
5) van den Daele, a.a.O.; Haymann, Schenkung, S.15; Oertmann a.a.O. S.48
6) So der Vorwurf von Simson, Unentgeltlichkeit, S.51
7) Haymann, Schenkung S.17
8) Haymann a.a.O. S.15
9) Haymann a.a.O. S.17; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.50
10) So die genannten Autoren a.a.O.
11) Haymann, Schenkung S.17

Ein Teil der heutigen Literatur scheint ebenfalls auf diesem Standpunkt zu stehen, obwohl sie meist nicht ausdrücklich gegen die Äquivalenztheorie Stellung nimmt. So betonen Esser¹⁾, Rosenthal-Bohnenberg²⁾, Schmidt³⁾ und Fikentscher⁴⁾, das ausschlaggebende Merkmal für das synallagmatische Verhältnis im gegenseitigen Vertrag sei nicht der Leistungsaustausch (im Sinne einer Gleichwertigkeit der Leistungen), sondern die Tatsache, daß jede Seite ihre Verpflichtung mit Rücksicht auf die Gegenseite übernimmt. Nur Staudinger-Kaduk äußern ausdrücklich Zweifel an der Brauchbarkeit der Äquivalenztheorie⁵⁾.

2. Die Rechtsprechung hat sich ständig auf dem Boden der Äquivalenztheorie bewegt. Immer wieder sprechen das RG und der BGH bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit von dem Mehrwert oder dem Ausgleich des Mehrwerts⁶⁾. So bezeichnet das RG einmal eine Hypothekenübernahme und eine damit verbundene Einräumung eines Wohnrechts als ein nach Ansicht der Parteien vollwertiges Entgelt für die Überlassung des Grundbesitzes⁷⁾. Und der BGH hat ein objektives Mißverhältnis der Leistungen eben deshalb für belanglos erklärt, weil es von den Parteien aus guten Gründen hingenommen worden sei⁸⁾. Staudinger-Kaduk werfen dem BGH deshalb vor, den Äquivalenzgedanken mit dieser Formulierung in den Bereich der Unmeßbarkeit verwiesen, also aufgegeben zu haben⁹⁾. Das ist nicht richtig. Der BGH verzichtete lediglich auf einen vermögenswerten Ausgleich und beließ es bei den Wertvorstellungen der Parteien.

1) SchR I S.102 = § 15 II

2) Kommentar zum BGB § 320 Anm.1

3) Soergel-Schmidt, Vorbem.6 vor § 320

4) SchR S.35 f.

5) Vorbem.25 zu § 320

6) RG Recht 1937 No.3601; RGZ 163 S.205; BGH FamRZ 1961 S.273; BGH NJW 1961 S.604

7) RG Recht 1937 No.3601

8) BGH NJW 1961 S.604

9) Vorbem.25 vor § 320

3. Auch ein Teil der heutigen Lehre beharrt auf dem Äquivalenzgedanken. So schreibt Larenz:

"... die Parteien tauschen Leistungen aus, die in den Augen eines jeden von ihnen gleichwertig sind, so daß jede für ihre eigene Leistung die wertmäßig entsprechende Gegenleistung erhält ..." (1) .

Und Wieacker ist der Auffassung, im Leistungsaustausch sei es der einzig gemeinschaftliche Zweck der Parteien, daß jeder die eigene Leistung "vernünftigerweise nur als Gegenopfer für eine materiell²⁾ gleichwertige Gegenleistung einsetze³⁾ .

III. Kritik an der "Gegenleistungstheorie"

Die "Gegenleistungstheorie", die auf die Wertvorstellungen der Parteien verzichten will, läßt manche Fragen offen:

1. Gerade die Berücksichtigung der Wertvorstellungen der Parteien, ihres zum Ausdruck gekommenen Willens, erklärt doch erst, daß sie Leistung und Gegenleistung im Entgeltverhältnis einander gegenüberstellen. Das zeigt sich sehr deutlich an dem Versuch, die gemischte Schenkung von einem voll entgeltlichen Geschäft abzugrenzen. Man ist sich einig darin, daß diese Abgrenzung nach dem Willen der Parteien geschehen müsse⁴⁾. wer aber nur auf die - stets vorhandene - rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung^{1, 2} starrt, der kann keinen echten Unterscheidungsmaßstab finden. Die Gegenleistungstheorie kann, konsequent betrachtet, nur behaupten, eine gemischte Schenkung liege dann nicht vor, wenn die Parteien Leistung und Gegenleistung nicht einander gleichstellen. Wann diese Gleichstellung aber fehlt, das können sie

1) 1) AT S.331

2) Dabei denkt wieacker anscheinend nur an die Möglichkeit vermögenswerter Gegenleistungen. Insoweit müßte seine Auffassung erweitert werden auf immaterielle Gegenleistungen.

3) Festschrift für Wilburg (1965) S.249

4) Haymann, Schenkung, S.19 f.; Oertmann, Kommentar, § 516 Anm.9 b; Palandt-Futzo, § 516 Anm.7; Soergel-Ballerstedt § 516 Anm.21

nicht feststellen. Oertmann geht auf diese Trennung auffälligerweise weder in seinem Buch¹⁾, noch in seinem Kommentar²⁾ näher ein. Er bekennt sich zwar zur Einheitstheorie, falls ein gemischtes Geschäft vorliegt, gibt aber keinen Maßstab zur Feststellung, ob ein solches gemischtes Geschäft vorliegt. Haymann muß bei der gemischten Schenkung ebenfalls Konzessionen einräumen. Er räumt dem Richter die Möglichkeit ein, die Wertvorstellungen der Parteien zu berücksichtigen, wenn auch "nur" zur Auslegung des Willens der Parteien. Diese Auslegung sei aber etwas ganz anderes, als die Berücksichtigung der Wertvorstellungen als ausschlaggebendes Merkmal³⁾. Aber gerade die Auslegung des Willens der Parteien ist das entscheidende Problem bei der Feststellung, ob eine gemischte Schenkung vorliegt; denn die Parteien werden nur selten ausdrücklich ein Geschäft als gemischte Schenkung bezeichnen. Davon abgesehen ist die Prüfung, die die Gegenleistungstheorie vornehmen muß, um festzustellen, ob die Parteien die Leistungen einander gleichstellen, nichts anderes als die Anlegung des Maßstabes der subjektiven Äquivalenztheorie.

Ebenso wird § 138 BGB gegen die Äquivalenztheorie ins Feld geführt. So meint Oertmann, jeder Versuch der Verteidigung des Äquivalenzprinzipes werde schon durch den einen § 138 zu Boden geschlagen⁴⁾: denn danach könne nicht einmal der Umstand die Gültigkeit des entgeltlichen Geschäftes für sich allein in Frage stellen, daß die für die Leistung gewährten Vermögensvorteile im auffälligen Mißverhältnis zur Leistung stünden - selbst in einem solchen extremen Falle müsse noch das subjektive Erfordernis einer Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit hinzukommen. Erstaunlicherweise sind die "niedergeschlagenen" Gegner ebenfalls der

1) Dort verweist er auf S.85 auf seinen Kommentar.

2) § 516 Anm.9

3) Grenzziehung, S.94

4) Entgeltliche Geschäfte, S.47, 49;
ähnlich van den Daele, S.3 f.

Auffassung, ein objektiv auffälliges Mißverhältnis allein könne noch nicht genügen, um ein Geschäft (teilweise) unentgeltlich zu machen. So stimmt Larenz¹⁾ der Auffassung des RG zu, daß die Frage, ob bei einem gegenseitigen Vertrag ein auffallendes Mißverhältnis genüge, stets verneinte²⁾.

Diese Haltung erklärt sich aus dem Bekenntnis zur Vertrags- und Willensfreiheit. § 138 BGB stellt es nur auf Vermögensvorteile ab und legt damit noch einmal dar, daß auch andere Vorteile als Gegenleistung anerkannt werden können. Das ist kein Bekenntnis gegen die Äquivalenztheorie. Ja ganz im Gegenteil: Gerade § 138 nötigt den Richter, die Wertvorstellungen der Parteien zu berücksichtigen. Wie soll er sonst, da er auf das objektive Mißverhältnis allein nicht zurückgreifen kann, feststellen, daß keine Ausbeutung, keine Notlage und kein Leichtsinn vorlag?

3. Die Gegenleistungstheorie hat darüber hinaus ausgesprochene Schwierigkeiten, die Schenkung von entgeltlichen Geschäften abzugrenzen. Soll etwa auch ein Minimalpreis, der "nummus unus" der römischen Rechtsordnung ein Geschäft zu einem entgeltlichen abstempeln? Das wird von der Gegenleistungstheorie selbstverständlich verneint. Sie hält den "nummus unus" für eine Umgehung des Gesetzes, da der Wille des Zuwenders in solchen Fällen allein auf die Bereicherung der Partei gerichtet sei³⁾. Die Rechtsordnung müsse deshalb solchen Geschäften ihre Wirkung versagen. Das ist gewiß richtig. Ich sehe nur nicht, wie die Gegenleistungstheorie zu dieser Erkenntnis kommen will, wenn nicht durch die Feststellung, daß dieses ungleiche Wertverhältnis von den Parteien absicht-

1) Larenz, AT S.435 = § 28 III; auch Palandt-Heinrichs, Vorbem.1c aa vor § 320 wollen mit dem Äquivalenzgedanken nur Auswüchse beheben. Ganz ähnlich schon Krückmann in AcP 128 S.181 f.

2) RGZ 83, S.97 (112); 93, S.27 (29); 161, S.153 (162)

3) Van den Daele, Probleme S.33; Haymann, Schenkung, S.21; Oertmann a.a.O.

lich in Kauf genommen worden ist. Dann ist sie aber bei der Äquivalenztheorie angelangt. Es überrascht deshalb auch nicht, daß Oertmann in seinem Kommentar zum gegenseitigen Vertrag auf die Äquivalenztheorie zurückgreift¹⁾.

Ganz genauso geht es van den Daele. Selbst Anhänger der Gegenleistungstheorie, muß er schreiben:

"Die Äquivalenz des gegenseitigen Vertrages bedeutet also in gewisser Weise auch ein Gleichgewicht der Werte der gegenseitigen Leistungen; diese beruht aber nicht auf irgendeiner wertmäßigen Gleichheit, sondern allein darauf, daß in der Vertragsentscheidung der Parteien zugleich mit den beiderseitigen Leistungen auch der Wert der Leistung dem Wert der Gegenleistung äquivalent gesetzt wird" (2) .

Diese ständigen Rückgriffe der Gegenleistungstheorie beweisen die Richtigkeit des Satzes von Larenz, daß "objektiv gesehen dem gegenseitigen Vertrag die Idee des Ausgleichs immanent ist"³⁾.

Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bestimmt sich deshalb nach den Äquivalenzvorstellungen der Parteien. Jede Partei erhält für ihre eigene Leistung die wertmäßig entsprechende Gegenleistung.

4. Diese Äquivalenzvorstellung erklärt also das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im gegenseitigen Vertrag - und sie beschränkt sich auf ihn. Diese Beschränkung kann aber nur akzeptieren, wer Entgelt und gegenseitigen Vertrag gleichsetzt. Wie aber schon oben festgestellt, ist der gegenseitige Vertrag nur eine der verschiedenen Rechtsformen, in denen Leistung und Gegenleistung miteinander verbunden sein können; freilich diejenige, die am häufigsten vorkommt. Aber dieser Äquivalenzgedanke muß überall dort zum Tragen kommen, wo es um die Beurteilung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung geht. Er ist also Strukturvoraussetzung bei jedem entgeltlichen Geschäft.

1) Kommentar, § 320 Anm.4

2) van den Daele, Probleme, S.10

3) Larenz a.a.O.; ders., in Geschäftsgrundlage, S.78 f., 161 f.

Danach birgt der gegenseitige Vertrag noch ein weiteres Äquivalenzprinzip: Das der Gleichwertigkeit der wechselseitigen Verpflichtungen. Der Preis für die eigene Verpflichtung ist die gleichzeitige Verpflichtung des anderen. Diese strukturelle Gleichwertigkeit der wechselseitigen Leistungsversprechen ist typisches Merkmal des gegenseitigen Vertrages¹⁾. Will man, um Mißverständnisse zu vermeiden, beide Äquivalenzgedanken trennen, so könnte man, soweit es sich um die Formstruktur des gegenseitigen Vertrages handelt, von dem "formellen" Äquivalenzprinzip sprechen und beim Gegenleistungsvertrag die "ideelle" Äquivalenz betonen.

§ 4 Die Einigung und die Bereicherungsabsicht

I. Die Notwendigkeit der Einigung

1. Sehr strittig war im Gemeinen Recht zunächst die Notwendigkeit der Einigung über die Unentgeltlichkeit; der Streit hing eng mit der Frage nach der Vertragsnatur der Schenkung zusammen.

Savigny und die ihm folgende Literatur lehnten die Notwendigkeit der Einigung ab²⁾. Sie hielten eine Einigung nur dann für notwendig, wenn die Vermögenszuwendung nicht anders zustande kommen könne, wie z.B. bei einer Schenkung durch Eigentumsübertragung. Aber bereits bei der Bezahlung einer fremden Schuld könne man auf die Einigung verzichten. Das gelte auch bei einer absichtlich mangelhaften Prozeßführung oder einem gerichtlichen Eingeständnis als einseitige Schenkung. Die ganze h.M. forderte jedoch für die Schenkung einen Vertrag und damit auch die Einigung über die Unentgeltlichkeit³⁾. Lediglich Bekker schien nach wie vor skept.

1) Darauf hat wieder van den Daele, Probleme, S.12 hingewiesen. Diese Erkenntnis findet sich aber bei allen Autoren, die das Prinzip des "do ut des" als Formprinzip des gegenseitigen Vertrages anerkennen.

2) Savigny, System IV S.145; vor ihm schon Meyerfeld § 6; Schilling, Pand. § 349 Nr.3

3) Vgl. die zutreffende Zusammenstellung bei Winscheid-Kipp, Pand. II S.546 Anm.5; auch Burckhard, Schenkung. S.138, 122

tisch zu sein: "Fest steht, daß ich einen anderen ohne ihn zu fragen, unentgeltlich bereichern kann, durch die verschiedenartigsten Verwendungen auf seine Sache. Füttern. Pflege. Dressur von Pferden ..." ¹⁾. Und gegen § 437 E I, der die Annahme der Schenkung verlangt, machte er Bedenken geltend ²⁾.

Bei Auftrag, Leihe oder unverzinslichen Darlehen ging man explicit auf diese Frage nicht ein. Man verlangte nur einmütig die Einigung über das Zustandekommen eines entsprechenden Vertrages als unentgeltliche Besorgung fremder Geschäfte, als unentgeltliche Gebrauchüberlassung, als unentgeltliche Darlehen usw. ³⁾. In Verbindung mit der steten Betonung der causa kann man annehmen, daß auch bei diesen unentgeltlichen Geschäften stets die Einigung über die Unentgeltlichkeit für notwendig erachtet wurde.

2. Der Gesetzgeber hat sich hier voll der h.M. angeschlossen; das zeigt sich deutlich an der vorgenommenen Regelung. Auch nach dem Inkrafttreten des BGB sind keinerlei Bedenken gegen dieses Erfordernis erhoben worden ⁴⁾. Damit soll nicht gesagt werden, daß man die Lösung immer für besonders glücklich hält. Jedenfalls akzeptiert man sie.

II. Die Rechtsnatur der Einigung

1. Damit bleibt die Frage nach der Rechtsnatur der Einigung. Unbestritten ist die Einigung ein Rechtsgeschäft ⁵⁾. Auch ihre Vertragsnatur wird von der h.L. anerkannt ⁶⁾.

1) Pand.II S.182 ff.

2) a.a.O.

3) Sintenis, Pand.II S.562 (Mandat) und S.556 (Aufbewahrung); Vangerow, Pand.II § 623 (Darlehen), §629 (Leihe) und § 630 (Verwahrung); Wächter, Pand.II § 197 (Darlehen), § 198 (Leihe) und § 199 (Verwahrung)

4) Esser, SchR II S.79; RGRK-Kuhn Vorbem.5 zu § 516; Soergel-Ballerstedt § 516 Anm.1; Staudinger-Ostler § 516 Anm.1

5) Vgl. Anm.4

6) Vgl. Anm.4

Haymann ist allerdings anderer Ansicht: Er bestreitet die Vertragsnatur; denn der Wille des Schenkers und des Empfängers sei nicht auf die Rechtsfolge gerichtet und daher kein rechtsgeschäftlicher Wille. Deshalb bedürfe er auch keiner Erklärung¹⁾. Das ist nicht haltbar. Wo ein Einverständnis erklärt werden muß, dort muß die Äußerung verständlich hervortreten, also erklärt werden. Außerdem - so argumentiert Haymann weiter -, vermeide das Gesetz geflissentlich den Ausdruck Vertrag und spreche nur von einem "Einigsein" über die Unentgeltlichkeit. Zudem habe die Einigung keinen positiven Inhalt, denn man einigte sich nur über das Fehlen jeder Gegenleistung. Das widerspreche dem Begriff des Rechtsgeschäftes und bedürfe keines Rechtsschutzes²⁾. Die Formulierung in § 516 entspricht der in § 929. Die Vertragsnatur dieser Einigung wird auch von Haymann anerkannt³⁾. Dann ist aber nicht recht verständlich, warum es bei § 516 anders sein soll. Haymann bleibt auch den Beweis schuldig, daß ein Rechtsgeschäft keinen negativen Inhalt haben dürfe. Das "negative Schuldanerkenntnis" ist ein solcher Vertrag. Davon abgesehen, ist die Einigung gar kein rein negativer Vertrag: Enthält sie doch die "Abrede über den Rechtsgrund des Behaltendürfens". Die Billigung der Vermögensverschiebung ist Inhalt der Einigung. Das ist gewiß keine rein negative Feststellung.

Die Einigung ist also ein Vertrag; folglich gelten alle entsprechenden Bestimmungen.

2. Aber was für ein Vertrag ist die Einigung? Ist es immer ein schuldrechtlicher Vertrag oder nicht?

Einig ist man sich zunächst darin, daß die Einigung dann schuldrechtlichen Charakter hat, wenn ein verpflichtender Vertrag vorliegt⁴⁾. Die Meinungen gehen aber bei der Hand-

1) Haymann; JherJb 56 S.102 ff. (S.114)

2) Haymann a.a.O. S.104

3) a.a.O.

4) Eckstein - AcP 107, S.384 ff. (1911); Esser, SchR II S.79 f.; Fikentscher, SchR S.384; RGRK-Kuhn § 516 Anm.18; Siber, JherJb 70 S.233 ff.; Soergel-Ballerstedt Anm.1,6; Staudinger-Ostler § 516 Anm.1

schenkung¹⁾ auseinander. Die h.L. bejaht aber auch hier den schuldrechtlichen Charakter der Einigung²⁾.

Eckstein beruft sich insbesondere auf die Stellung der Schenkung im Gesetz. Ihre Regelung unmittelbar hinter dem Kaufvertrag weise auf ihren schuldrechtlichen Charakter hin. Das Verhältnis sei ähnlich wie bei der Leihe, die nach der Miete geregelt sei oder dem Auftrag, der auf den Dienst- und Werkvertrag folge. Stets sei einem entgeltlichen Geschäft ein unentgeltliches gegenübergestellt. Da die restlichen unentgeltlichen Geschäfte als Konsensualverträge anerkannt seien, müsse auch die Schenkung ein solcher Vertrag sein³⁾. Dieser Schluß ist nicht zwingend. Der Gesetzgeber ist nicht soweit gebunden, wie das Eckstein gerne sehen möchte. Gewiß, wenn die Schenkung kein schuldrechtlicher Vertrag wäre, im Gegensatz zu den anderen Geschäften, so könnte man den Vorwurf der "Konstruktionslosigkeit" erheben - was Eckstein auch tut⁴⁾; mehr aber nicht. Soweit geht der Gleichheitsanspruch an den Gesetzgeber nicht, daß man ihn dazu zwingen könnte, ähnliche Tatbestände gleich zu konstruieren.² Esser bejaht die schuldrechtliche Natur aus anderen Gründen⁵⁾. Das Einigsein umfasse bei der Schenkung zwei Momente: Einmal den Konsens, zum anderen das typisch kausale Moment, daß diese Bereicherung unentgeltlich erfolgen soll. "Verkümmert" sei nur das schuldvertragliche Element, "eine Leistung erst bewirken zu wollen"; es werde umgemünzt zu dem Versprechen, dem anderen das ihm übertragene Vermögensobjekt auch zu belassen. Die Schenkungsvereinbarung sei als Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit dieses Erwerbes Absprache über eine schuldrechtliche causa, also ein Schuldvertrag. Esser betont demnach insbesondere die Verpflichtung, den Gegenstand dem Empfänger zu belassen.

Larenz lehnt den schuldrechtlichen Charakter ab, weil ein verpflichtendes Element fehle. Der Schenker wolle eben ohne

1) Dazu Anm. 4 S. 106

2) Vgl. Anm. 4 S. 106

3) Eckstein, AcP 107 S. 387

4) Eckstein a.a.O. S. 392

5) Esser, Schr II S. 79

rechtliche Verpflichtung dazu etwas geben¹⁾.

Der Streit geht letztlich um die Frage, ob die Verpflichtung zur Leistung unentbehrliche Voraussetzung für ein schuldrechtliches Geschäft sei. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, wie man das Schuldrecht überhaupt sieht. Betrachtet man es aus der weiten Beschreibung des Schuldrechtes als des Rechtes des Güterumsatzes oder der Güterbewegung²⁾, so läßt sich die schuldrechtliche Natur ohne Schwierigkeiten bejahen. Wenn man aber - wie Larenz - das Schuldrecht nach der Gleichartigkeit der Rechtsfolgen bestimmt³⁾, und zwar nach der Verpflichtung gegenüber einem bestimmten anderen, so tut man sich damit erheblich härter. Deshalb definiert Esser vorsichtiger: Ein Rechtsverhältnis trage dann schuldrechtlichen Charakter, sobald es auch Pflichten begründet⁴⁾. Damit umfaßt Esser Rechtsverhältnisse, die keine primären Leistungspflichten kennen, wie eben die Handschenkung.

Nun ist heute allgemein anerkannt, daß es Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflichten gibt. Larenz will allerdings nur von einem Schuldverhältnis in weiterem Sinne sprechen, eben weil es an der primären Leistungspflicht fehle⁵⁾. Das ist richtig. ändert aber nichts daran, daß es sich um ein Schuldverhältnis handelt. Diese sekundären Leistungspflichten sind auch bei der Handschenkung vorhanden. Die Ausgestaltung der Schenkung, die Verweisung auf die Regeln über den Kaufvertrag tragen deutlich schuldrechtliche Züge, die man anerkennen muß. Das hat schon v.Tuhr getan mit den Worten: Man könne die Schenkung als Rechtsgeschäft bezeichnen, durch welches ein Rechtsverhältnis mit obligatorischer Wirkung begründet werde⁶⁾. Wenn es aber Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflichten gibt und wenn die Handschenkung schuldrechtliche Folgen begründet, dann ist es nur

1) Larenz, SchR II S.128

2) Larenz, SchR I S.3 ff. in einer ersten Annäherung.

3) Larenz, SchR I S.9

4) Esser, SchR I S.3

5) Larenz, SchR I S.9

6) Enneccerus-Lehmann, SchR S.487 = § 120 II 1a

systemgerecht, der Einigung auch in diesem Fall schuldrechtlichen Charakter zuzusprechen.

Also ist die Einigung ein schuldrechtlicher Vertrag.

Aus der Vertragsnatur der Einigung ergibt sich, daß sich die Unentgeltlichkeit nach dem erkennbaren Willen beider Teile richtet. Ist nur einer von beiden erkennbar anderer Ansicht, so fehlt die Einigung. Ebenso fehlt die Einigung, wenn beide Teile oder einer von ihnen die Existenz eines Gegenvorteils dahingestellt sein lassen. Wenn sich etwa zwei Parteien über das Bestehen einer Rechtspflicht streiten und schließlich um des lieben Friedens willen einander auf halbem Wege entgegenkommen, um den Streit - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - aus dem Wege zu räumen, so ist ein solches Geschäft keinesfalls unentgeltlich.

III. Die Bereicherungsabsicht

1. Die h.L. des 19. Jahrhunderts von Savigny bis Windscheid ist sich in der Notwendigkeit einer absichtlichen Bereicherung einig¹⁾. Savigny hält die Bereicherungsabsicht für "unerläßlich in der Person des Gebers ...". Er betont diese Notwendigkeit mit den Worten: "Die Bedeutung dieses Erfordernisses liegt also darin, daß alle bisher dargestellten Bestandteile des Begriffes der Schenkung vorhanden seyn könne, ohne daß sie selbst angenommen werden darf, bloß weil es an jener Absicht fehlt"²⁾. Windscheid trennte von der "Absicht" zur Bereicherung das Motiv des Schenkers. Die "erste Absicht", das "Reicherwerden des Empfängers", hielt er für erforderlich. "Die hinter dieser Absicht stehenden ferneren Absichten" dürften aber nicht herangezogen werden³⁾. Kritik an dieser Haltung wird vor allem von Burckhard geäußert. Er spricht sich gegen den "animus donandi" aus⁴⁾. Er untersucht

1) Savigny, System S.77 ff.; Windscheid, Pand.II S.439; Puchta, Inst.II S.373; Vangerow, Pand.II S.176; Dernburg, Pand.II S.436

2) System IV S.77 ff.

3) Pand.II S.439

4) Schenkung, S 132 ff.

die Frage allerdings unter dem Gesichtspunkt, ob es neben dem Willen zur Unentgeltlichkeit noch einen besonderen "animus donandi" gebe. Diese zusätzliche Notwendigkeit verneint er.

2. Im E I gehörte die Bereicherungsabsicht zur Definition der Schenkung. § 437 lautete:

Als Schenkung gilt die an einen anderen erfolgende Zuwendung, durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und das des anderen bereichert wird, sofern sie in der Absicht dieser Bereicherung geschieht und der andere die Zuwendung als Geschenk annimmt.

Unter dieser "Absicht" verstand der E I die von Windscheid bezeichnete "erste Absicht". Die zweite Kommission wandte sich gegen das Wort "Absicht". Sie befürchtete eine Verwechslung der "ersten" Absicht mit den "ferneren" Absichten, den Motiven. Das geht besonders deutlich aus folgender Bemerkung hervor:

"Einverständnis bestand ... darüber, daß eine Bereicherungsabsicht nicht erforderlich sei ... vielmehr auch eine lediglich in egoistischer Absicht gemachte Zuwendung unter (ihn) falle" (1) .

Damit werden nur die "ferneren" Absichten im Sinne Windscheids abgelehnt. Inhaltlich ist dies aber keine Abweichung vom ersten Entwurf. Als die zweite Kommission die bisherigen subjektiven Merkmale der Schenkung durch die "Eini- gung über die Unentgeltlichkeit" ersetzte, wollte sie materiell nicht vom ersten Entwurf abweichen, sondern nur die "von verschiedenen Seiten gemäßbilligte Redaktion"²⁾ vereinfachen und verdeutlichen

3. Die Ausführungen der BGB-Literatur sind sich darin einig, daß nach Inkrafttreten des BGB eine Bereicherungsabsicht

1) Prot. II S.25; vgl. Cosack, Lehrbuch, S.491: Wie die Beabsichtigung der Bereicherung zu verstehen sei, sei immer zweifelhaft gewesen.

2) Prot. II, S.2

nicht mehr erforderlich sei¹⁾. Zur Rechtfertigung beruft sie sich insbesondere auf die oben zitierte Bemerkung in den Protokollen und weist auf die Gefahr der Verwechslung mit den ferneren Motiven hin. Nur Kipp weicht von der h.M. ab. Er trennt die Bereicherungsabsicht und den Willen zur Bereicherung. Damit will er die Gefahr des Rückgriffs auf die Motive mindern. Durch diese andere Bezeichnung will er nur die Vorbehalte der h.M. beseitigen.

4. Die betonte Ablehnung der Bereicherungsabsicht durch die heutige Lehre beruht auf einem einseitigen (Miß)-verständnis der gemeinrechtlichen Wissenschaft. Die Berufung auf die Entstehungsgeschichte ist deshalb nicht brauchbar. Vielmehr wollte man durch die Neufassung der Schenkung die Bereicherungsabsicht in der "Einigung über die Unentgeltlichkeit" aufgehen lassen. Das ist auch gelungen: Die Einigung drückt jedenfalls auch den Willen des Zuwendenden aus, dem Empfänger eine Leistung zu geben, seinerseits aber auf eine Gegenleistung zu verzichten. Was ist das anderes als die Absicht, den Empfänger zu bereichern? Dennoch waren die Bedenken der zweiten Kommission berechtigt. Um Verwechslungen zu vermeiden, sollte man deshalb die "erste" Absicht klarer als den "Willen zur Bereicherung" bezeichnen und diesen Willen für erforderlich halten.

Genau dies hat Kipp schon 1925 vorgeschlagen²⁾. Er trennt die Bereicherungsabsicht und den Willen zur Bereicherung. Damit mindert er die Gefahr des Rückgriffs auf die Motive, eine Gefahr, die immer wieder plastisch geschildert wird. Haymann wettert gegen die Bereicherungsabsicht mit dem Beispiel, sie läge gewiß nicht vor, wenn jemand die Schneiderrechnung einer Dame zahle, um ihren guten Ruf zu untergraben³⁾. Liebisch hält die Unterscheidung von Kipp nicht für

1) Seit RGZ 70 S.16 ständige Rechtsprechung; im Schrifttum ganz allgemeine Ansicht; vgl. Palandt-Putzo, § 516 Anm.5; RGRK-Kuhn § 516 Anm.3 und 17

2) Kipp, KStG § 3 Anm.8

3) Schenkung, S.4 Anm.2

sinnvoll, weil die "Absicht der Schadenszufügung" mit dem wollen der Bereicherung schlechterdings unvereinbar sei¹⁾. Damit verwechseln letztlich beide die Motive des Zuwenders und die tatsächlich eingetretene Bereicherung. Die Trennung von Kipp will aber gerade dieser Verwechslung vorbeugen.

Mit dem Verzicht auf den Willen zur Bereicherung verlangt die h.L. im Rahmen einer Schenkung letztlich etwas Unmögliches. Die Einigung über die Unentgeltlichkeit ist der schuldrechtliche Vertrag, der die Bereicherung rechtfertigt. Dieser rechtliche Erfolg kann aber nur eintreten, weil die Parteien es so wollten. Dann muß jedoch die Einigung die Erklärung der Parteien beinhalten, eine Bereicherung vorzunehmen.

Schließlich greift die h.L. doch wieder auf den "Willen zur Bereicherung" zurück. Das zeigt sich ganz besonders bei der Abgrenzung zwischen der gemischten Schenkung und der Schenkung unter Auflage. Dort muß der Wille der Parteien plötzlich doch auf die Bereicherung des Empfängers gerichtet sein.

Damit zeigt sich, daß der Wille zur Bereicherung notwendiger Bestandteil der Einigung über die Unentgeltlichkeit ist.

§ 5 Abgrenzungsfragen

I. Das Verhältnis von Schenkung und Leihe

1. Im 19. Jahrhundert waren die Abgrenzungsversuche zwischen Leihe und Schenkung meist recht schwammig. Savignys Unterscheidung zwischen "normaler" Gebrauchsüberlassung und der Überlassung eines Wohnraumes, zwischen "normaler" unentgeltlicher Verwahrung und der unentgeltlichen Verwahrung eines berufsmäßigen Lagerhalters sind bereits oben aufgeführt worden²⁾.
2. Im Gesetzgebungsverfahren hat sich eine sehr eindeutige Linie

1) Zuwendungen, S.61

2) Vgl. System IV S.33 und oben § 1 VI 1

herausgeschält. Ein Antragsteller wollte die Schenkung erweitern auf "Zuwendungen von Vortheilen immaterieller Art, die Aufwendung von Zeit, die Verschaffung von Annehmlichkeiten, überhaupt jede uneigennützige Bethätigung von Wohlwollen für einen Anderen, ..." ¹⁾. Dem widersprach die herrschende Meinung. "Wenn auch Liberalitäten anderer Art vielfach als Schenkungen angesehen werden, so könne man doch nicht behaupten, daß sich ein Bedürfnis herausgestellt habe, auf solche Zuwendungen die Sondervorschriften des Schenkungsrechts anzuwenden" ²⁾.

3. Nach 1900 beschäftigt sich die Lehre meist nur recht kurz mit dem Versuch einer Abgrenzung von Leihe und Schenkung. Von der Miete - so sagt man - unterscheide sich die Leihe durch ihre notwendige Unentgeltlichkeit, die sie wiederum mit den Schenkung verbinde, wiewohl unentgeltliche Gebrauchsüberlassung auch Schenkung sein könne ³⁾. Die Kommentatoren treffen keine Abgrenzung zur Schenkung. So verweisen zwar Staudinger-Ostler in den Vorbemerkungen zur Leihe auf die Erläuterungen im Schenkungsrecht, gehen aber dort auf die Abgrenzung nicht ein ⁴⁾. Soergel/Ballerstedt bringen zur Abgrenzung das Beispiel: Keine Schenkung, sondern Leihe sei gegeben, wenn ein Eigentümer seine Sache einem anderen solange zum unentgeltlichen Gebrauch überlasse, bis sich eine Verwertungsgelegenheit finde ⁵⁾.

Ein Teil der Lehre sieht den Unterschied darin, daß der verliehene Gegenstand nicht aus dem Vermögen des Schenkers

1) Prot.II S.3

2) Prot.II S.3

3) Fikenscher, SchR, S.473, Palandt-Iutzo, Einl.2 vor § 598; RGRK-Kuhn, Vorb.1 vor § 598; Staudinger-Riedel, Vorb.1

4) Vgl. die Vorb.1 zu § 598 auf der einen Seite und Anm.2 bei § 598, bzw. Anm.9 bei § 516 auf der anderen.

5) Vorb.10 vor § 598; vgl. auch die übrigen Kommentare (Anm. 3)

ausscheide¹⁾. Allenfalls stelle aber die Leihe einen Verzicht auf einen möglichen Vermögenswerb (durch Vermietung) dar²⁾. Jüngst hat Larenz den Gedanken von Savigny wieder aufgenommen. Er will nun Verpflichtung zu langfristiger Gebrauchsüberlassung ohne Entgelt als Schenkung belandeln³⁾. D.h., daß eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung i.d.R. keine Schenkung, damit auch keine Zuwendung nach § 516 Abs.1 sein könnte. Was für die Leihe gilt, müßte erst recht für Dienstleistungen und andere Zuwendungen im Sinne von Liebisch gelten.

4. Einen Hinweis auf die richtige Entscheidung gibt § 517.
Er lautet:

Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet, oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt .

- a) So stellt sich jetzt die Frage, was man unter dem Verzicht auf Vermögenserwerb zu verstehen habe. Die Vermietung einer Sache ist wirtschaftliche Nutzung des bereits vorhandenen Vermögens. Der Verzicht auf die Nutzung wirft damit die Frage auf, ob er Vermögenserwerb im Sinne von § 517 ist, oder ob es § 517 nur auf den Erwerb von neuem Stammvermögen abgesehen hat. Der Wortlaut des § 517 gibt keine eindeutige Auskunft. Durch die Nutzung wird das Vermögen vermehrt. Das spricht dafür, in der Nutzung eine Chance zu sehen, die grundsätzlich ungewiß in der Zukunft liegt⁴⁾. Diese Ansicht wird durch den Gesetzeswortlaut auch insoweit unterstützt, als § 517 von einem noch nicht endgültig erworbenen Recht spricht. Auf der anderen Seite erwähnz § 517 mit der Erb-

1) Esser, SchR II S.136 = § 75 1.; Haymann, Schenkung, S.100; Larenz, SchR II S.186 und S.125; Planck-Knoke § 516 Anm.2; Siber, SchR S.250

2) So Larenz a.a.O.

3) Larenz II 10.Aufl. S.125; BGH LM Nr.7 zu § 518

4) So Liebisch a.a.O.

schaft und dem Vermächtnis aber zwei Vermögenszuwendungen, die neues Stammvermögen schaffen.

Man muß § 517 im Zusammenhang mit § 516 sehen. Dort ist die Rede davon, daß die Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwenders erfolgen müsse. Gehört aber nicht die Möglichkeit z.B. sein Haus zu vermieten, bereits zum Vermögen? Nun, Vermögen, das ist das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne, also die Summe der verwertbaren Rechte. Wer die unentgeltliche Nutzung als Schenkung ansieht, ordnet auch die Verwertung, also den Schritt, der auf die Verwertbarkeit erfolgt, dem Vermögen ein. Das ist eine mögliche Einstellung. Sie wird z.B. von A.v.Tuhr vertreten. Er will § 517 auf die Fälle beschränken, in denen jemand eine tatsächliche Erwerbsgelegenheit unbenutzt läßt, indem er z.B. bei einer Versteigerung nicht mitbietet, damit ein anderer den Zuschlag erhalte, oder ein Rechtsgeschäft, durch welches er einem Geschäftsfreund Konkurrenz machen würde, nicht abschließt¹⁾. Die Frage ist dann nur, welchen Platz die Leihe überhaupt noch im System unseres Rechts hat: Zählt man die Nutzung schon zum Vermögen, so muß man beim Empfänger der Sache eine wenigstens objektiv vorhandene Bereicherung stets bejahen. Dann liegt aber, da auch die Einigung über die Unentgeltlichkeit vorhanden ist, immer zugleich mit der Leihe Schenkung vor, wobei es dann völlig belanglos sein muß, ob der Zuwendende das will oder nicht. Dem will man vorbeugen, indem man eine Schenkung in einem solchen Fall nur dann für möglich hält, wenn der Zuwender sein Vermögen auch sonst regelmäßig nutzt²⁾.

In irgendeiner Weise nutzt aber jedermann sein Vermögen. Wie er das im einzelnen Fall bewerkstelligt, ob er es persönlich nutzt oder vermietet, das ist dem Gesetzgeber insoweit gleich gewesen. Ein sachlicher Anhaltspunkt für die Trennung danach, ob der Eigentümer sein Vermögen persönlich

1) AT III S.157

2) A.v.Tuhr a.a.O.; Enneccerus-Lehmann, SchR S.487; Heck, SchR S.297; Liebisch a.a.O.

nutzt oder ob er es z.B. vermietet, läßt sich aus dem Gesetz nicht herausfinden.

Davon abgesehen will die Gesamtregelung der Schenkung nicht so recht auf die "Schenkungen von Nutzungen" passen. Die Formvorschrift des § 518, die den Schutz vor übereilten Vermögensverfügungen sicherstellen will, ist bei der Leihe überflüssig. Der Entleiher hat ja nach § 604 die Pflicht, den Gegenstand zurückzugeben. Auch § 528 ist eine Vorschrift, die bei der Leihe überflüssig ist. Das Rückforderungsrecht wegen Bedürftigkeit nach § 528 hat bei der Leihe seine eigene Ausformung in einem außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 605 gefunden. Würde man die Leihe als Schenkung auffassen, so wäre das Rückforderungsrecht sogar erheblich erschwert, denn in einem solchen Fall müßte man die Rückforderung statt wie regelmäßig nach § 605, wohl nach § 528 beurteilen. Auch die Haftung, die für die Leihe in § 599 geregelt ist, macht einen Rückgriff auf § 521 überflüssig.

Die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung kann also nie Schenkung sein; damit ist auch das zinslose Darlehen aus dem Schenkungsbegriff ausgeschlossen. Obwohl das Darlehen im Gegensatz zur Leihe sogar eine Verfügung im technischen Sinn des Gesetzes ist und deshalb der Schenkung, die eine "Gegenstandsverschaffung" ist, nähersteht, fehlt doch das charakteristische Merkmal der Schenkung, nämlich die endgültige Verschaffung eines Vermögensgegenstandes. Hier zeigt sich die Nähe des Darlehens zur Leihe als Möglichkeit, das Vermögen zu nutzen, bzw. bei unentgeltlichen Darlehen als Verzicht auf einen Vermögenserwerb.

A.v.Tuhr will trotzdem § 517 auf solche Fälle nicht angewendet wissen. Seiner Ansicht nach liege die Zuwendung nicht darin, daß eine "Ausbedingung eines Entgelts" unterlassen werde, sondern schon in der Überlassung der Sache selbst¹⁾. Dabei übersieht er aber, daß die Zuwendung ihren Charakter als unentgeltliche Zuwendung erst durch die Einigung der Parteien bekommt. Diese Einigung ist aber die Einigung über

1) AT III S.156

die Unentgeltlichkeit, mithin jedenfalls auch der Verzicht auf Entgelt. Die Überlassung der Sache als solche kann noch keine Auskunft darüber geben, ob es sich um eine Zuwendung nach § 516 handelt oder nicht. Verfehlt ist auch sein Hinweis auf § 252, mit dem er beweisen will, daß der erwartete Gewinn, also die Nutzung bereits jetzt Bestandteil des Vermögens ist¹⁾. § 252 sagt über diesen Zusammenhang nichts aus. Er umreißt lediglich den Rahmen des zu ersetzenden Schadens.

Man kann also festhalten, daß der unter gewöhnlichen Umständen zu erwartende Ertrag des Vermögens nicht schon ein Vermögensaktivum bildet, sondern als grundsätzlich ungewisse Chance in der Zukunft liegt. Der Verzicht auf den Ertrag oder die Nutzung des Vermögens ist also keine Vermögensminderung und damit keine Schenkung²⁾.

- b) Dieses Ergebnis wird noch bestätigt durch einen Vergleich der Leihe oder des zinslosen Darlehens mit unentgeltlichen Dienst- oder Arbeitsleistungen. Die herrschende Lehre rechnet die unentgeltlichen Dienstleistungen nicht zur Schenkung, weil sie "aus der Person", nicht "aus dem Vermögen" des "Zuwenders" erbracht werden. Bei der Leihe wird aber die Übergabe des verliehenen Gegenstandes ebenfalls nicht "aus dem Vermögen" geleistet; denn die Sache bleibt dem Vermögen des Verleihers erhalten. Beim zinslosen Darlehen ist die Sachlage ähnlich. Zwar scheidet hier das Geld aus dem Vermögen des Darlehensgebers aus, dafür erhält er aber einen Rückgabeanspruch gegen den Darlehensnehmer. Was also dem "Zuwenders" verlorenggeht, ist lediglich die Vermögensvermehrung durch die sonst mögliche Nutzung. Dieses Ergebnis ist aber bei der unentgeltlichen Arbeitsleistung auch vorhanden. wer sich bereit erklärt hat, einem anderen unentgeltlich zu helfen, der verzichtet damit auf die Möglichkeit, sein Ver-

1) a.a.O.

2) Vgl. Larenz, SchR II S.125; so auch Liebisch, Zuwendungen, S.80 f.

3) Vgl. Soergel-Wlotzke-Volze, Vorb.43 vor § 611

mögen durch eine entgeltliche Leistung zu verbessern. Eine unterschiedliche Behandlung von Leihe und zinslosem Darlehen einerseits und der unentgeltlichen Arbeitsleistung auf der anderen Seite ist deshalb von daher nicht gerechtfertigt. Alle diese Leistungen erfolgen nicht "aus dem Vermögen", sie wirken aber "auf das Vermögen" ein.

Unter Zuwendungen im Sinne des § 516 fallen demnach nicht Leihe, zinsloses Darlehen oder unentgeltliche Dienst- oder Arbeitsleistung.

II. Das Verhältnis Auftrag - Dienstvertrag

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist der Auftrag das unentgeltliche Pendant zum Dienst- bzw. Werkvertrag. Danach dürfte es keinen unentgeltlichen Dienstvertrag geben, bzw. müßte jeder unentgeltliche Dienstvertrag als Auftrag eingestuft werden¹⁾.

Diese Haltung wird in der Tat von einem großen Teil der heutigen Schuldrechtslehrer vertreten²⁾. Die Begründungen der Lehre sind - wenn überhaupt vorhanden - kurz und begnügen sich mit einem Hinweis auf die gesetzliche Typisierung. Ihnen steht eine andere Meinung gegenüber, die auch unentgeltliche Dienstverträge zulassen will. Sie halten die Vergütung für kein begriffsnotwendiges Merkmal des Dienstvertrages³⁾. Dieser Meinungsstreit der BGB-Literatur hat sich im Arbeitsrecht zunächst fortgesetzt. Die heute ganz herrschende Meinung im Arbeitsrecht bejaht aber die Möglichkeit eines unentgeltlichen Dienstvertrages⁴⁾. Anknüp-

1) Prot.II S.30 f. vgl. oben § 2 II

2) Enneccerus-Lehmann, SchR S.605; Larenz, SchR II S. Palandt-Thomas § 662 Anm.4a; RGRK-Dennecke § 611 Anm.8; Siber, SchR S.362; Staudinger-Nipperdey § 611 Anm.14

3) Crome, SchR S.627 f.; Esser, SchR II S.182; Fikentscher, SchR S.480; Oertmann, Kommentar § 662 Vorb.2a; Soergel-Wlotzke-Volze, Vorb.zu § 611; Titze, SchR S.567

4) Hueck-Nipperdey, S.43; Kaskel-Dersch S.23; Molitor-Hueck-Riezler S.67; Mayer-Maly S.38; Nikisch S.94

fungspunkt ist meist das - unentgeltliche - Beschäftigungsverhältnis von Lehrlingen oder Volontären¹⁾. Der Wortlaut des § 611 scheint der herrschenden Meinung des Schuldrechts recht zu geben; § 611 hat nämlich ein Junktum zwischen der Dienstleistung und der Vereinbarung einer Vergütung geschaffen. Andererseits setzt § 612 die Möglichkeit eines unentgeltlichen Dienstvertrages voraus. Ist die Dienstleistung den Umständen nach nämlich nicht nur gegen Bezahlung zu erwarten, so gilt eben eine Vergütung nicht als vereinbart. Das Gesetz verbietet also nicht die Annahme eines unentgeltlichen Dienstvertrages.

Darüber hinaus besteht eine echte Notwendigkeit, die unentgeltliche Dienstleistung anzuerkennen. Wer längere Zeit in abhängiger Stellung unentgeltlich tätig ist, der soll auch den Schutz des Arbeitsrechts genießen. Dieser Schutz bliebe ihm versagt, wenn man seine Tätigkeit als Auftrag qualifizieren würde. Schnorr von Carolsfeld will diese Klippe umgehen, indem er eine analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Normen auf solche unentgeltlichen Beschäftigungsverhältnisse vorschlägt. Er ist der Meinung, daß alles, was einem entgeltlich Arbeitenden geschuldet werde, erst recht einem unentgeltlich Arbeitendem zukommen müsse. Das ist völlig richtig; es beweist aber vor allem, daß man solche Beschäftigungsverhältnisse eben dem Arbeitsrecht, mithin dem Dienstvertrag zuordnen muß.

Diese Einordnung setzt aber voraus, daß es eine Abgrenzung zwischen dem Dienstvertrag und dem Auftrag gibt, die nicht auf der Grenze entgeltlich - unentgeltlich liegt.

Der Dienstvertrag ist - wie Mayer-Maly ausführen - seinem Typ nach stärker auf Dauer angelegt, als der Auftrag²⁾; andererseits zielt er weniger auf die Besorgung eines bestimmten Geschäftes. Esser sieht den entscheidenden Unterschied in der Treuhandbindung:

1) So bei Hueck-Nipperdey, Kaskel-Dersch und Nikisch

2) a.a.O. S.41

"Bildet die Treuhandbindung das sachliche Charakteristikum der Geschäftsbesorgungsverträge, so verführt das Merkmal der Unentgeltlichkeit zur Vorstellung, die gesetzlichen Auftragsregeln seien sedes materiae für alle unentgeltlichen Arbeits- und Besorgungsverträge. In diesem Sinn hat die Unentgeltlichkeit die Grenze zwischen Auftrag und Dienstvertrag eher verwischt als geklärt. Man sollte sachlogisch einerseits entgeltliche und unentgeltliche Geschäftsbesorgung andererseits auch unentgeltliche Dienstleistungsgeschäfte i.w.S. anerkennen" (1) .

Dieser Ansatzpunkt von Esser trifft den Unterschied zwischen Dienstvertrag und Auftrag sicher eher und besser, als die Trennung nach entgeltlich und unentgeltlich. Typologisch gesehen bereitet es deshalb keine Schwierigkeiten, die Möglichkeit eines unentgeltlichen Dienstvertrages einzuräumen.

1) SchR II S.182

Zusammenfassung

1. Das Begriffspaar entgeltlich-unentgeltlich findet Anwendung nur auf potentielle Austauschgeschäfte unter lebenden, soweit es sich um (selbständige) Grundgeschäfte handelt. Das heißt: Erbrechtliche Geschäfte aller Art kommen nicht in Betracht.
Gesellschaft, Vereinsbeitritt, Abschluß eines Ehevertrages sind Rechtsgeschäfte, die keinen Austauschcharakter haben. Dasselbe gilt für alle einseitigen Rechtsgeschäfte.
Aicherheitsleistung im Verhältnis zum Gläubiger und Sicherungstreuhand sind keine Grundgeschäfte, sondern lediglich Modalität eines Vertrages. Die Erfüllung ist Konsequenz der Abschluß eines Vertrages, aber nicht ihrerseits entgeltlich. Auch der Vergleich ist kein Grundgeschäfte.
2. Unentgeltlich sind nur solche Verträge, bei denen der Leistung keine rechtlich verbundene Gegenleistung gegenübersteht. Ein solches rechtliches Band stellen gegenseitige, konditionale und causale Abhängigkeit der Gegenleistung dar.
3. Leistung und Gegenleistung müssen einander äquivalent sein, d.h. jeder muß seine Leistung als Äquivalent der Gegenleistung ansehen; andernfalls liegt jedenfalls kein voll entgeltliches Geschäft vor.
4. Subjektiv ist die Einigung über die Unentgeltlichkeit nötig.

C. Die Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht und bei § 988

Die Ansichten über die Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht decken sich in vielem mit der in § 988 und haben sich auch gegenseitig befruchtet. Sie werden daher zusammen behandelt.

I. Das Bereicherungsrecht, vor allem § 816

Die §§ 816 Abs.1 und 822 sind Neukonstruktionen des Gesetzgebers. Im Gemeinen Recht galt der römische Grundsatz: "Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet". Es kannte keinen gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer (Ubi rem meam invenio ibi eam vindico). Nur die kurzfristige Ersetzung ermöglichte einen beschränkten Erwerbsschutz. Voraussetzung war eine bestimmte Besitzdauer und bona fides¹⁾. Der heutige § 816 geht über das Gemeine Recht hinaus und nimmt germanische Rechtsprinzipien auf. Krawielicki führt ihn auf das Lösungsrecht zurück²⁾.

1. Bereits der E I anerkannte das Prinzip des gutgläubigen Erwerbes, damals noch verstreut in verschiedenen Paragraphen geregelt. Zum Ausgleich für diese Anerkennung schuf man einen Anspruch gegen den Verfügenden, sei es aus Bereicherung oder aus unerlaubter Handlung. Die Bereicherungsansprüche waren im E I noch an drei verschiedenen Stellen verstreut geregelt³⁾. Im Immobilienrecht lehnte der Entwurf eine Trennung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb nachdrücklich ab⁴⁾. Einmal wollte man die schwierigen tatsächlichen Untersuchungen vermeiden, die dabei auftreten könnten; vor allem aber bestimmte die Rücksicht auf den Immobilienverkehr diese Haltung.
Im Immobilienrecht diente als Vorbild der Art.306 des aHGB.

1) Vgl. Krawielicki, JherJb 81 S.258, 261 ff.

2) Vgl. Krawielicki, JherJb 81 S.258, 261 ff.

3) Vgl. §§ 839, 880 und 2081 Nr.3 E I

4) Mot. III S.212

Der Wunsch nach Vereinheitlichung mit dem Handelsrecht ist die ausdrückliche Grundlage dieser Anpassung¹⁾. Beim Ausgleich für den Fall des gutgläubigen Erwerbers richtet man sich nach dem Immobiliarsachenrecht. Fragen des unentgeltlichen Erwerbes wurden nicht geprüft. Es wurde aber betont, daß die Vorschriften mit § 839 (Immobiliarrecht) harmonisieren sollten²⁾.

Gegenüber diesem Entwurf wurde z.T. recht scharfe Kritik geübt³⁾, die sich vor allem gegen die Gleichstellung des entgeltlichen mit dem unentgeltlichen Erwerbs richtete. So vertrat Bähr die Ansicht, aus Gründen der Gerechtigkeit dürfe man den Schutz nicht weiter ausdehnen, als dafür ein überwiegendes Bedürfnis vorhanden sei. Teilweise wurde auch geltend gemacht, der öffentliche Glaube diene dem Verkehrsschutz, unentgeltliche Geschäfte seien aber keine Verkehrsgeschäfte und daher nicht schutzwürdig⁴⁾.

Diesen Vorwürfen trug der E II Rechnung⁵⁾. An allen drei Stellen wurde nun der unentgeltliche Erwerb ausgenommen (vgl. §§ 812, 850, 2232 E II). Man lehnte es zwar ab, den gutgläubigen Erwerb nur auf entgeltliche Geschäfte zu beschränken, gab aber dafür dem Geschädigten einen Herausgabe- bzw. Bereicherungsanspruch. Dabei ging der Streit ausschließlich darum, inwieweit die Schenkung schutzwürdig sei. Andere unentgeltliche Rechtsgeschäfte, wie z.B. die Leihe, wurden überhaupt nicht erwähnt. Schließlich einigte man sich auf einen Kondiktionsanspruch, um die Rechtsabwicklung ausschließlich auf den Beschenkten und den früheren Eigentümer zu beschränken⁶⁾.

§ 822 ist eine völlige Neuschöpfung der 2. Kommission. In den Protokollen wird auf Winscheid verwiesen: Die Zuwendung rechtfertige zwar in solchen Fällen den Übergang des Gegen-

1) Mot. III S. 344

2) Mot. III S. 350

3) Vgl. die "Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zum BGB Band III S. 97 ff.

4) a.a.O.

5) Prot. III S. 82 ff.

6) a.a.O.

standes, nicht aber die Bereicherung auf Kosten des Benachteiligten¹⁾. Der entsprechende Antrag wurde ohne längere Diskussion angenommen.

2. Die BGB-Literatur verweist in § 816 bei der Behandlung der Unentgeltlichkeit regelmäßig auf das Schenkungsrecht und die dort getroffenen Definitionen. Umstritten ist das Verständnis des Verfügungsbegriffes, sowie die Notwendigkeit einer Einigung. Auf diese Einigung wollen alle diejenigen verzichten, die rechtsgrundlose Geschäfte den unentgeltlichen gleichstellen. Daneben soll noch der Zuwendungsbegriff überprüft werden.
3. Die Ansicht, der Begriff der unentgeltlichen Verfügung in § 816 Abs.1 Satz 2 könne entsprechend auf die Leihe angewendet werden, wird von gewichtigen Stimmen vertreten. Larenz begründet diese Gleichstellung mit zwei Gedanken. Einmal könne eine strenge Trennung zwischen Verfügung einerseits und dem schuldrechtlichen Recht zum Besitz auf der anderen Seite so präzise nicht gezogen werden. Vielmehr enthalte auch die Miete (und damit auch die Leihe) verfügungsähnliche Elemente. Zum anderen eigne sich der Nichtberechtigte den Gebrauchswert der Sache zu, der dem Berechtigten gebühre; er sei deshalb um den Erlös auf Kosten des B. ohne rechtlichen Grund bereichert. Gegen den Mieter (Entleiher) gebe es jedoch keinen Bereicherungsanspruch, da er den Gegenstand durch Leistung des Vermieters (Verleihers) erhalten habe und diesem gegenüber ein Rechtsgrund vorliege²⁾.

Ein Teil der Lehre verweigert dieser Argumentation die Zustimmung unter Berufung auf den Wortlaut des § 816³⁾. Diese

1)

2) Esser, SchR II S.372 = § 104 II und dortige Verweisungen; Larenz, SchR II S.430; Soergel-Mühl Anm.8 zu § 816

3) Palandt-Thomas, § 816 Anm.2; RGRK-Scheffler, Anm.13; Soergel-Mühl, § 816 Anm.8, der eine entsprechende Anwendung zwar zulassen will, aber zugibt, daß der Fall bereits durch § 812 gedeckt wird.

Berufung auf den Wortlaut allein kann nicht genügen, um eine Ablehnung zu rechtfertigen.

Entscheiden kann nur die Antwort auf die Frage, welchen Zweck der Gesetzgeber mit § 816 Abs.1 erreichen wollte. Geht man von der allgemeinen Meinung aus, so liegt der Zweck des § 816 darin, den früheren Berechtigten zu schützen, der den Anspruch aus § 985 verloren hat. § 816 ist also ein Ausgleich für den Verlust des § 985. Zum anderen soll in § 816 der gutgläubige Erwerber geschützt werden. Beides Zwecke, die sich widersprechen und deshalb einer ausgleichenden Regelung bedurften. Beides aber auch Zwecke, die bei der Miete und damit auch bei der Leihe in keiner Weise zum Tragen kommen. Hat ein Nichtberechtigter einen Gegenstand vermietet, so hat der Eigentümer sein Eigentum nicht verloren, kann also gemäß § 985 den Anspruch auf Herausgabe seines Eigentums geltend machen. Er bedarf den Schutz von § 816 Abs.1 nicht. Ebensowenig gibt es einen Schutz des Gutgläubigen beim Mietvertrag. Unser Recht kennt nur den Schutz des gutgläubigen Erwerbers, wenn der Nichtberechtigte Verfügungen vornimmt¹⁾.

Davon abgesehen, ist der Weg über § 816 überflüssig. Der nichtberechtigte Vermieter hat die Miete rechtsgrundlos auf Kosten des Eigentümers erlangt. Er muß sie folglich nach § 812 Abs.1 Satz 1 2.Alt. im Wege der Eingriffskondition herausgeben. Auf den Mieter kann der Berechtigte über § 812 nicht zugreifen. Dieser ist ja lediglich um den Besitz bereichert. Den Besitz hat er aber nicht auf Kosten des Berechtigten, sondern auf Kosten des Nichtberechtigten erlangt. Diesem gegenüber besteht jedoch ein Rechtsgrund. Der Berechtigte kann aber eventuell über § 986 Abs.1 Satz 2 Rückgabe des Gegenstandes an den Nichtberechtigten verlangen. Derselbe Gedanke gilt sinngemäß für die Leihe. Hier kommt dem Eigentümer § 988 zu Hilfe, der ihm sogar einen direkten Zugriff auf den verliehenen Gegenstand ermöglicht.

1) Das ist ganz unbestritten; vgl. Palandt-Degenhart, Vorb. zu § 932

Der Weg über § 816 ist also überflüssig.

4. Die Notwendigkeit des Begriffes der "Zuwendung" wird im Rahmen des Bereicherungsrechts von der Lehre verschieden beurteilt. Ein großer Teil der Lehre glaubt auf ihn verzichten zu können. Larenz definiert die Leistung als "absichtliche Vermögenszuwendung". Andere Autoren, wie Beuthin, Esser und Medicus¹⁾, wollen auf den Begriff der Zuwendung im Bereicherungsrecht ganz verzichten. Sie halten diesen Begriff für überflüssig und irreführend²⁾; ihrer Auffassung nach deshalb, weil der Leistende immer zugleich der Zuwender sei, und "zwar auch dann, wenn die tatsächliche Vermögensverschiebung über bzw. durch einen Dritten geschieht"³⁾. Esser schreibt daher abschließend: "Man vermeidet also nur Mißverständnisse, wenn man ganz auf den Zuwendungsbegriff verzichtet, dessen positive Merkmale ohnehin vollständig vom Begriff der Leistung erfaßt werden ..." ⁴⁾. Der Angriff wendet sich also weniger gegen die Definition, als eher gegen die Benutzung des Begriffes "Zuwendung".

Dieser Zuwendungsbegriff, der die entgeltlich gewollte Bereicherung umschreiben will, hat aber von vornherein einen falschen Ansatzpunkt: Von einer bewußten Vermögensvermehrung kann man nur sprechen, wenn man die ihr zugrunde liegende "Causa" dabei außer Betracht läßt. Die Partei leistet ja in Hinblick auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis, häufig einem Austauschvertrag. Bei einem (gewollten, aber nicht gelungenen) Austauschvertrag leistet die Partei aber in der Vorstellung des Äquivalenzaustausches, also nicht der Vermögensmehrung, sondern des Vermögensaustausches. Versteht man aber unter dem "Zuwender" den "Leistungsmittler", nicht den Leistenden selbst, so würde es sich für ihn um ein abstraktes Rechtsgeschäft handeln; ob seine "Zuwendung" eine Vermögensmehrung sein soll oder nicht, kann doch nur im Hinblick auf das Grundgeschäft beurteilt werden. Genau damit

1) Beuthin, JZ 1968 S.323 ff.; Esser, SchR II S.338;
Medicus, SchR _ 27 I 5 b

2) a.a.O.

3) So Esser a.a.O.

4) SchR II a.a.O.

hat er aber (unmittelbar) nicht zu schaffen, so daß von daher die Definition ein Widerspruch in sich selbst wäre.

Im Ergebnis muß man daher der neueren Lehre recht geben: Der Begriff der Zuwendung ist im Bereicherungsrecht überflüssig.

5. Das BGB regelt im Bereicherungsrecht rechtsgrundlose Verfügungen über eigene Sachen, sowie Verfügungen eines Nichtberechtigten, die dieser mit Rechtsgrund vorgenommen hat. Es fehlt jedoch eine Vorschrift für den Fall, daß der Nichtberechtigte rechtsgrundlos verfügt hat, der Dritte aber Eigentümer geworden ist. Diese Lücke im Gesetz ist kein Zufall. In den Beratungen zum zweiten Entwurf des BGB hat man dieses Problem sehr wohl gesehen und aufgeworfen¹⁾. Die Mehrheit war damals der Auffassung, solche seltenen Fälle brauchten nicht in Betracht gezogen zu werden, sondern könnten der Entscheidung durch die Rechtsprechung überlassen werden. Die Rechtsprechung hat entschieden, indem sie in § 816 Abs.1 Satz 2 unentgeltlich und rechtsgrundlos gleichsetzte; dadurch hat der frühere Berechtigte einen unmittelbaren Zugriff auf den jetzigen Eigentümer. Diese Auffassung wird als Einheitskondiktion bezeichnet, weil sie dem Berechtigten (B) einen unmittelbaren Anspruch gegen den Erwerber (E) einräumt. Ein Teil der Lehre kommt zu demselben Ergebnis wie die Rechtsprechung über § 812. Ein anderer Teil des Schrifttums verneint jeden Anspruch des B gegen E. Man verweist B auf seine Ansprüche gegen den Nichtberechtigten (NB) gemäß § 816 Abs.1 Satz 1. Danach muß B die Kondiktion, die NB gegen B hat, seinerseits von NB kondizieren. Man bezeichnet sie deshalb als Doppelkondiktionstheorie. Daneben steht noch der differenzierende Lösungsversuch Boehmers²⁾, der sich in keine der beiden Gruppen einordnen läßt.
- a) Ein Teil der Lehre will - wie schon gesagt - dem B einen Anspruch aus § 812 Abs.1 2.Alt. gegen E zuweisen.

1) Prot.II S.685

2) Grundlagen II 2 S.6 ff.

Diese Ansicht vertritt z.B. Krawielicki¹⁾. Er führt aus, daß der Erwerber das Eigentum nicht auf Kosten des Nichtberechtigten erhalten habe²⁾. Er verneint deshalb auch einen Anspruch des NB auf Rückübertragung des Eigentums und weist folgerichtig diesen Anspruch ausschließlich dem B zu; denn E habe das Eigentum ausschließlich auf dessen Kosten erlangt. Die Person des Verfügenden könne dabei nicht ausschlaggebend sein. Die Kondiktionsberechtigung ergebe sich nämlich nur daraus, auf wessen Kosten die Bereicherung erfolgt sei. Er bejaht also die Unmittelbarkeit des Bereicherungsvorganges oder - wie heute besser formuliert wird - die Einheitlichkeit des Bereicherungsvorganges.

Liebisch bestreitet das Vorliegen dieses Merkmals. Er hält den Verfügenden für den Leistenden³⁾. Dessen Kondiktion läßt er aber an dem Merkmal "auf dessen Kosten" dann scheitern, wenn den NB keine Ersatzpflicht trifft. Liegt aber eine solche Ersatzpflicht vor, so sei die Verfügung auf Kosten des NB geschehen. Die Ersatzpflicht ist aber kein geeignetes Merkmal, um die frühere Vermögenslage zu bestimmen. Man muß deshalb diesen Gedanken von Liebisch ablehnen. Karpus verneint die Unmittelbarkeit aus anderen Gründen. Sie sei schon deshalb nicht vorhanden, weil bereits NB den Wert des Gegenstandes seinem Vermögen einverleibt habe⁴⁾:

"denn nicht erst mit der Übereignung an den Erwerber, sondern schon mit der Zueignung der fremden Sache tritt beim Eigentümer der Schaden ein. Auch kann diese Zueignung nicht weggedacht werden, denn ohne daß die Sache zunächst ergriffen wird, kann ja überhaupt nicht über sie verfügt werden. Von einer Identität des den Verlust des ursprünglich Berechtigten und den Gewinn des Empfängers vermittelnden Umstandes kann hier also nicht die Rede sein" (5) .

1) JherJb 81 S.323 ff.; ebenso schon Haymann, JherJb 77 S.242, 256, 263

2) Krawielicki, a.a.O. S.296

3) Zuwendungen, S.53; er wendet sich dort gegen Haymann, a.a.O. (Anm.1)

4) Unentgeltlichkeit, S.59 f:

5) Karpus, a.a.O.; er selbst will über § 818 Abs.1 zur Herausgabe des Eigentums kommen (Vgl. Anm. 4)

Damit übersieht Karpus jedoch die rechtliche Seite dieses Vorganges. Der NB ist eben noch nicht Berechtigter geworden. Von einer "Zueignung" der Sache kann höchstens in einem wirtschaftlichen Sinn gesprochen werden. Rechtlich bleibt der Berechtigte zuständig.

Man kann deshalb nicht umhin, die Einheitlichkeit des Bereicherungsverfahren zu bejahen. Erst durch die Verfügung des NB verliert B sein Eigentum. Und erst diese Verfügung verschafft dem E die Möglichkeit neuer Berechtigter zu sein; daß er - zusätzlich - nicht bösgläubig sein darf, ist eine weitere Voraussetzung, die der Einheitlichkeit keinen Abbruch tut.

Dennoch ist die Eingriffskondition nach § 812 Abs.1 Satz 1 2.Alt. nicht der geeignete Ansatzpunkt: Der Gesetzgeber hat ausdrücklich in § 816 die Beziehungen zwischen dem NB und B auf der einen Seite, sowie zwischen B und E auf der anderen Seite geregelt. Wenn man das Problem auf einem Weg lösen will, der dieser Intention entspricht, so muß man in § 816 selbst die geeigneten Ansatzpunkte suchen¹⁾. Das Gesetz hat die kondiktionsrechtliche Abwicklung solcher Dreiecksverhältnisse ganz bewußt auf § 816 konzentriert. § 816 muß deshalb als spezielle Regelung dem § 812 vorgehen.

Oertmann versucht die Lösung im Sinne der Einheitskonditionentheorie. Er schließt a maiore ad minus: Er will in § 816 Abs.1 Satz 2 rechtsgrundlose Verfügungen den unentgeltlichen schon deshalb gleichstellen, weil § 816 Abs.1 Satz 2 sogar bei einem Erwerb mit Rechtsgrund den Durchgriff zulasse. Was für den Erwerb mit Rechtsgrund gelte, müsse umso mehr zutreffen, wenn überhaupt kein Rechtsgrund vorhanden sei²⁾. Dieser Schluß Oertmanns ist nur berechtigt, wenn die

1) So auch Zill, Unentgeltliche Verfügungen, S.13; ebenso Heck, SchR S.433. Er spricht vom beredten Schweigen des Gesetzes.

2) Kommentar (5.Aufl.) § 816 Anm.5 b; Erman-Seiler, § 816 Anm.3, berufen sich noch heute auf Oertmann; gegen ihn schon Heck, a.a.O. (Anm. 1)

Sach- und Interessenlage beide Male dieselbe ist. Bei der unentgeltlichen Verfügung gibt der Empfänger keine Gegenleistung. Bei einer rechtsgrundlosen Verfügung kann der Empfänger bereits eine Gegenleistung erbracht haben. Er ist darauf angewiesen, sie von dem Nichtberechtigten zu verlangen. Für den Empfänger ist die Situation also ungleichartig. Aber auch für den Berechtigten stellt sich die Rechtslage anders dar¹⁾. Bei einer unentgeltlichen Verfügung des NB würde er, falls dieser mangels Verschulden nicht haftet, sein Eigentum entschädigungslos verlieren, wenn er nicht unmittelbar auf den E zugreifen dürfte. Bei der causalosen Verfügung hat aber der NB i.d.R. einen solchen Herausgabeananspruch. Auf diesen Anspruch kann der Eigentümer zugreifen.

Die Argumentation Oertmanns ist daher nicht brauchbar.

Die Rechtsprechung schließlich kam über § 988 zur Gleichstellung von unentgeltlich und rechtsgrundlos in § 816 Abs.1 S.2²⁾. Das Gericht betonte die ähnliche Interessenlage bei § 816 Abs.1 S.2. Der BGH bejahte im 1.Spielbankfall die analoge Anwendung von § 816 Abs.1 S.2 auf die rechtsgrundlose Verfügung; im 2.Spielbankfall hat er diese Frage offen gelassen³⁾. Die ältere Lehre folgte größtenteils den Bahnen, die schon A.v.Tuhr vorgezeichnet hatte⁴⁾. Erst nach dem Krieg löste sich ein Teil der Lehre von dieser Ansicht⁵⁾.

Der Hinweis des Reichsgerichtes auf die ähnliche Lage von § 988 und § 816 Abs.1 S.2 erweckt Bedenken: In § 988 gelang-

1) Darauf weist ebenfalls Boehmer, Grundlage II 2 S.11 hin.

2) Vgl. RGZ 163 S.346 ff.; BGHZ 37 S.363

3) BGHZ 37 S.363, bzw. BGHWPM 1967 S.564 = BGHZ 47 S.393 ff.; beidemale hat der VII.Senat entschieden.

4) Heck, SchR S.293; Liebisch, Zuwendungen, S.541 ff.; Kauffmann, LZ 1933 S.1188; Oertmann, Kommentar, § 816 Anm.5b; Planck-Brodmann (5.Aufl.), § 988 Anm.29; Reinhardt, ZAKDR 1938, S.508 ff.; Staudinger-Kober (10.Aufl.), § 988 Anm.2b; Werner, JW 1930 S.3210; Zill, Unentgeltliche Verfügungen, S.12 ff., 49 ff.

5) Vgl. unten III

te das RG nur deshalb zu einer Gleichstellung von unentgeltlich und rechtsgrundlos, weil es die §§ 987 ff. als abschließende Regelung ansah und daneben die Anwendung des Bereicherungsrechtes für unzulässig hielt. Dieser Ausgangspunkt, die Spezialität der §§ 987 ff., legt es nicht gerade nahe, in § 816 Abs.1 S.2 eine ähnliche Interessenlage zu sehen. Wollte man das Ergebnis zu § 988 übernehmen, so müßte man es doch auf anderer Grundlage versuchen. Die bisherigen Konstruktionen haben aber nicht überzeugen können.

- b) Die Doppelkondiktionentheorie verneint den Durchgriff des B auf E. Sie wird in zwei Variationen vertreten.

Die neue Ansicht versucht die Lösung über einen neuen Leistungsbegriff. Nach v. Caemmerer steht die Leistungskondiktion stets dem Leistenden zu, ob er nun selbst durch die Leistung entreichert ist oder nicht. Gegenstand der Leistungskondiktion sei "alles, was der Leistende dem Empfänger verschaffen konnte und verschafft hat, mag er dabei über eigenes oder über fremdes Gut verfügen"¹⁾. Noch bündiger definiert Esser die Leistung als "zweckgerichtete, bewußte Mehrung fremden Vermögens" und fährt fort: Ausschließlich diese Leistung bestimme die Parteien der Leistungskondiktion. Ob die Bereicherung "auf Kosten" des Leistenden erfolgt sei oder nicht, spiele keine Rolle²⁾. Esser begründet die Neufassung des Leistungsbegriffes mit folgender Überlegung:

" Die Kondiktion des von dem Redlichen wirksam aber ohne gültigen Titel erworbenen Gutes, kann im Räderwerk unseres abstrakten Erwerbsvorganges und des schuldrechtlich gebundenen Bereicherungsrechtes schlechterdings nur durch den handelnden Mittelsmann selbst erfolgen, obwohl es nicht um seinen Schutz geht, sondern um den des Entreicherten Vor - Eigentümers. Diesen selbst zu legitimieren heißt: Das Gesetzesschema beiseiteschieben" (3) .

1) Festschrift für Rabel, S.350

2) SchR II S.339 f. = § 101 I

3) AcP 152 S.386 in der Besprechung von Boehmers "Grundlagen".

- c) Differenzierend ist der Versuch Boehmers¹⁾. Er überläßt dem NB die Rückabwicklung dann, wenn dieser redlich war, denn dann habe er ein Interesse daran. War NB aber unredlich oder stehen seinem Rückforderungsanspruch die §§ 814, 815 oder 817 entgegen, so müsse man dem B einen unmittelbaren Anspruch einräumen; denn in diesem Fall wolle oder könne NB keine Rückforderung geltend machen.

Soweit Boehmer auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des NB abstellt, setzt er sich in Widerspruch zu seinem eigenen Ausgangspunkt: die Abgrenzung von Gutgläubensschutz gegenüber dem Schutz des Berechtigten. Dabei mag B eine Rolle spielen oder der Gutgläubige, aber doch nicht die Redlichkeit oder Unredlichkeit des NB. Sonst würde- wie Paulus bemerkt hat²⁾- die Sicherung der Gegenrechte des Dritterwerbers von der Redlichkeit des Zwischenmannes abhängen. "Für eine Unterscheidung nach diesem Kriterium bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt"³⁾.

Außerdem müßte nach Boehmer der Eigentumserwerb des Gutgläubigen gegenüber B dann mit Rechtsgrund geschehen sein, wenn die Kausalbeziehung des gutgläubigen Erwerbers zum NB wirksam ist, aber ohne Rechtsgrund, wenn sie unwirksam ist oder fehlt. Aber der NB "kann es unmöglich in der Hand haben", einen im Verhältnis zu B grundlosen Erwerb durch Vereinbarung mit E zu einem Erwerb mit Rechtsgrund zu machen. Also kann die Auffassung Boehmers nicht weiterhelfen⁴⁾.

- d) Betrachtet man sich noch einmal Einheits- und Doppelkondiktionentheorie, so unterscheiden sie sich im Ergebnis erheblich. Diesem Unterschied liegt die verschiedene Bewertung der Interessenlage zugrunde. Die Einheitskondiktionentheorie hält den rechtsgrundlosen Erwerber nicht für schutzwürdig; die Doppelkondiktionentheorie will ihm seine Gegenrechte sichern. Die eine Seite betont also den Schutz des

1) Grundlagen II S.6 f.

2) JZ 1953 S.62

3) Paulus a.a.O.

4) So mit Recht Schlosser in JuS 1963 S.146; ähnlich Esser, SchR II S.374

Eigentümers, die andere den des Erwerbers. Will man einer Lösung näher kommen, so muß man die Wirkung der gesetzlichen Regelung überprüfen.

§ 816 Abs.1 hat nur wirksame Verträge im Auge. Die Gedanken, die in Satz 1 und Satz 2 zum Ausdruck kommen, sind dieselben: Satz 1 geht von der Überlegung aus, daß B sich der Gefahr ausgesetzt hat, sein Eigentum zu verlieren. Der Verkehrsschutz verlangt, daß E darunter nicht leiden soll. Daher kann B nicht auf ihn zurückgreifen. B muß sich an NB halten. Da B ein gewisses Risiko eingegangen ist, muß er auch das Risiko tragen, den Erlös z.B. über § 818 zu verlieren, falls NB redlich war. B hat die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes eröffnet. Im Zweifel muß er dafür die Konsequenzen tragen, nicht E. Nach der gesetzlichen Wertung trägt in § 816 Abs.1 S.1 B das größere Risiko. Er muß sich an NB halten, der der einzige Gewinner ist; denn NB hat etwas erhalten, ohne dafür etwas aus seinem Vermögen zu opfern. In Satz 2 hat E etwas erhalten, ohne eine Gegenleistung zu erbringen. Seine Schutzwürdigkeit wird jetzt verneint. Deshalb hat das Gesetz dem B den Zugriff auf E gestattet. B ist der einzige Gewinner: Er hat etwas erhalten, ohne etwas aus seinem Vermögen zu opfern. Das Gesetz will also zunächst den gutgläubigen Erwerber schützen. Ein wichtiger Ansatzpunkt für eine sachgerechte Lösung ist deshalb der Schutz des guten Glaubens; das ist heute auch allgemein anerkannt¹⁾. Schlosser geht sogar so weit, in den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb den Hinweis zu sehen, daß der Erwerb im Verhältnis des Gutgläubigen zum früheren Berechtigten als ein rechtlich begründeter, im Sinne des § 812 anzusehen sei²⁾. Dem stimmen

1) Vgl. Boehmer, a.a.O. (Anm.1 S.132); v. Caemmerer, Festschrift für Boehmer, S.158 f.; Grunsky, JZ 1962 S.20 ff.; Krawielicki in JherJb 81 S.259; Larenz, SchR II S.430; Rothoef, AcP 163 S.217 ff.; Paulus, a.a.O. (Anm.2 S.132); Schlosser, a.a.O. (Anm.4 S.132); Wiethölter, JZ 1963 S.286

2) Schlosser, a.a.O. (Anm.4 S.132)

Esser und die h.L. zu, soweit es sich um § 816 Abs.1 S.1 handelt¹⁾. Für Satz 2 kann dieses Ergebnis jedoch nicht zutreffen, denn dort wird ein Durchgriff erlaubt. Deshalb ist ein zweiter Ansatzpunkt die Erkenntnis, daß § 816 Abs.1 den Schutz des Gutgläubigen nur dann aufrechterhält, wenn der Empfänger für das gutgläubig Erworbene eine Gegenleistung erbracht hat.

Eine solche Leistung hat E aber auch im Falle eines rechtsgrundlosen Kaufvertrages erbracht. Die Behauptung des RG, der Kondiktionsanspruch sei keine Gegenleistung, kann insoweit nicht überzeugen²⁾. Deshalb muß man der Zweikonditionentheorie recht geben.

- e) Die Doppelkonditionentheorie betont die Schutzwürdigkeit des Erwerbers, weil er schon gezahlt hat. Wie aber, wenn E (tatsächlich) noch nicht geleistet hat? NB hat z.B. dem E einen Gegenstand übereignet, E den Kaufpreis aber noch nicht gezahlt. Sollte man nicht wenigstens jetzt dem B einen direkten Zugriff auf E einräumen?

Diese Ansicht wird verschiedentlich vertreten. So wollte Wener (allerdings im Rahmen des § 988) einen Besitzer dann als entgeltlichen Besitzer ansehen, wenn er die Gegenleistung erbracht hat; solange die Gegenleistung aber noch nicht erbracht sei, oder der Besitzer seine Gegenleistung durch Urteilsspruch wieder zurückbekommen habe, müsse man ihn als unentgeltlichen Besitzer ansehen. Auch Schlosser hat vor kurzem darauf hingewiesen, daß der Erwerber dann keinen Schutz verdiene, wenn er noch nichts gezahlt habe.

1) Esser, SchR II S.374 = § 104 II; v.Caemmerer, a.a.O. (Anm.1 S.133), S.153

2) Vgl. dazu unten III 2 b = S.140 f.

Dieser Auffassung hält das RG entgegen, daß sie zu Unrecht eine "Ähnlichkeit der Sachlage" annehme¹⁾. Es weist darauf hin, daß von solchen tatsächlichen Zufälligkeiten nicht die Beantwortung einer rechtlichen Situation abhängig sein dürfte. Außerdem weist das RG noch auf die enormen praktischen Schwierigkeiten hin, wenn z.B. der E seinen Kaufvertrag nur in Raten zahle.

Die Sach- und Rechtslage wird durch die Abstellung auf die tatsächliche Zahlung nur komplizierter und unüberschaubarer. Man muß deshalb bei der grundsätzlichen Erkenntnis bleiben, daß § 816 Abs.1 S.2 nur für unentgeltlich gewollte Gegenleistungsverträge Anwendung findet.

- f) So bleibt letztlich noch die Frage offen, wie zu entscheiden ist, wenn den Ansprüchen des NB gegen E die §§ 814, 815 oder 817 S.2 entgegenstehen. NB hat von E nichts erlangt und demgemäß kann B nicht auf Gegenleistungen des E bei NB zurückgreifen.

Die Lehre will das Problem verschieden lösen. Ein Teil will dem B jeden Anspruch versagen, andere ihm den Durchgriff gestatten.

Die Vertreter der Einheitskondiktionentheorie sowie Boehmer, wollen dem B einen unmittelbaren Anspruch einräumen. Diese Ansichten gehen aber von einer falschen Grundauffassung aus und können deshalb zur Lösung nicht herangezogen werden. Anders aber Karpus. Er lehnt sonst eine Eingriffskondiktion des B ab, will ihm aber hier ein uneingeschränktes Zugriffsrecht einräumen²⁾. Der Zweck der genannten Paragraphen bestehe nämlich darin, den Leistenden für sittenwidriges oder doloses Verhalten durch Verlust des Bereicherungsanspruches zu strafen³⁾. Verfüge der Nichtberechtigte, so müsse in Wirklichkeit nicht er, sondern der B für ihn büßen.

1) RGZ 163 S.355

2) Unentgeltlichkeit, S.69

3) Karpus a.a.O.; ähnlich Krawielicki, JherJb 81 S.325; Boehmer, Grundlagen II S.19

Diese Begründung trifft wenigstens soweit nicht zu, als § 814 betroffen ist. § 814 will den Leistenden weder für sittenwidriges noch für doloses Verhalten bestrafen. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob § 817 S.2 ausgesprochenen Strafcharakter trägt. Ansatzpunkt zur Lösung kann im übrigen nicht der Leistende sein, sondern der Leistungsempfänger. Dabei weist Paulus darauf hin, daß der Dritterwerber in solchen Fällen besonders schutzwürdig sei¹⁾. Von Caemmerer meint, bei § 814 handle es sich regelmäßig um Leistungen, die um des lieben Friedens willen gemacht werden²⁾. Im Rahmen der §§ 814 und 815 halte ich diese Betonung des Schutzes des Erwerbers für gerechtfertigt. Die gesetzliche Wertung stellt diesen Schutz so sehr in den Vordergrund, daß der Schutz des früheren Berechtigten dem gegenüber verblaßt. Hier kommt der Gedanke wieder zum Tragen, daß im Zweifel B das Risiko tragen muß.

Anders ist es in § 817 S.2. Er zieht nur die Konsequenz aus dem Verhalten des Leistenden, der sich denselben Verstoß hat zuschulden kommen lassen, wie der Empfänger der Leistung. § 817 S.2 hat nicht den Schutz des Empfängers im Auge, sondern will lediglich demjenigen keinen Rechtsschutz gewähren, der sich selbst außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat. Ein Schutz des Empfängers auf Kosten des früheren Berechtigten erscheint jetzt nicht als gerechtfertigt. In diesem Fall ist es deshalb geboten, einen Durchgriff des B zuzulassen.

II. § 822

Die Problematik in § 822 ist ähnlich wie in § 816 Abs.1 S.2. Der Empfänger, der Eigentum erworben hat, hat nun seinerseits rechtsgrundlos, aber wirksam über den Gegenstand verfügt. Die Lehre beschäftigt sich nur selten mit

1) JZ 1953 S.62

2) a.a.O. (Anm.1 S.133), S.161; er verweist noch darauf, daß das französische Recht zu demselben Ergebnis kommt.

dieser Problemlage. Ein Durchgriff des früheren Berechtigten gegen den Dritten wird expressis verbis nur von Soergel-Mühl und Krawielicki verneint¹⁾.

1. Da die Sachlage ähnlich ist, muß auch ähnlich entschieden werden. Der Schutz des Dritten ist jetzt noch stärker ausgeprägt. Solange B nur irgendwelche Herausgabeansprüche gegen E hat, wird D von jeder Herausgabepflicht befreit. Ob diese Ansprüche realisierbar sind oder nicht, darauf kommt es in keiner Weise an.

Hat der Dritte rechtsgrundlos erlangt, so muß er die Bereicherung dem E herausgeben; damit hat E einen Anspruch gegen den Dritten, auf den B nach § 818 Abs.1 zurückgreifen kann. Würde man jetzt bei rechtsgrundlosen Zuwendungen des E dem B einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritten geben, so wäre der Dritte zwei Ansprüchen ausgesetzt; denn der Anspruch des E besteht ja ebenfalls; hat er doch über eigenes Recht verfügt. Krawielicki verneint deshalb zu recht den Anspruch des B gegen den Dritten, weil die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung nie ausgeschlossen sei²⁾.

2. Vereinzelt will man ein empfangenes Vermächtnis als unentgeltliche Zuwendung im Sinn von § 822 ansehen. Ein unentgeltlicher Erwerb im technischen Sinn kann es nicht sein, weil das Vermächtnis nur in Erfüllung des Testamentes gegeben wird. Denkbar wäre deshalb höchstens eine analoge Anwendung von § 822. Das würde eine rechtsähnliche Situation voraussetzen³⁾. Übergibt der Erbe einem vermeintlichen Vermächtnisnehmer das Vermächtnis, so kommt § 822 nicht in Betracht. Der vermeintliche Vermächtnisnehmer hat rechtsgrundlos erworben. Der Erbe kann unmittelbar über

1) Krawielicki, JherJb 81 S.347 ff.;
Soergel-Mühl, § 822 Anm.2

2) a.a.O. S.356

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.359 ff.

§ 812, Abs.1 S.1 1.Alt. vorgehen hat der vermeintliche Erbe ein vermeintliches Vermächtnis erfüllt, so käme § 822 immer noch nicht zum Zuge. Er setzt ja voraus, daß der Zuwendende dinglich Berechtigter geworden ist. Der vermeintliche Erbe kann aber nicht dinglicher Berechtigter geworden sein, weil es einen guten Glauben an die Erbenstellung nicht gibt. Eine Situationsgleichheit kann also nicht bestehen. Die Anwendung von § 822 auf den vermeintlichen Vermächtnisnehmer zugunsten des wirklichen Erben muß daher unterbleiben.

III. § 988

1. § 988 ist eine Vorschrift ohne geschichtliches Vorbild. In E I gab es noch keine entsprechende Regelung. Erst § 902 E II führte sie ein.

Die Mehrheit sah in § 988 eine Konsequenz der Haltung, die zu § 816 geführt hatte. Auch hier sei es im Verkehrsinteresse nicht erforderlich, den rein lukrativen Erwerb auf Kosten des wahren Berechtigten in vollem Umfang zu schützen. Dagegen wandte die Minderheit ein, der Gedanke von § 816 treffe nicht zu, da in § 988 nicht der rein lukrative Erwerb vor dem positiven Schaden zurückweichen müsse; vielmehr handle es sich bei der Herausgabe der Nutzungen, die auf Grund unentgeltlichen Besitzes gezogen worden seien, lediglich um den entgangenen Gewinn. Diese Unterscheidung hielt die Mehrheit für "reine Theorie" und lehnte sie deshalb ab¹⁾.

Wichtigster Streitpunkt bei § 988 ist das Problem, ob rechtsgrundlose Geschäfte den unentgeltlichen gleichzustellen sind, ob also auf die Einigung verzichtet werden kann.

2. Die Rechtsprechung steht heute auf dem Standpunkt, daß rechtsgrundlose Geschäfte ebenfalls unentgeltliche Zuwendungen sind. Zentraler Angelpunkt dieser Meinung ist die

1) Prot. III S.679

grundlegende Entscheidung des RG im 163. Band¹⁾. Dieses Urteil befaßte sich mit der Auslegung des § 988. Schon viel früher hat das RG allerdings ausgesprochen, daß rechtsgrundlose Verfügungen eines Testamentsvollstreckers ebenfalls als unentgeltliche Verfügungen verstanden werden müßten²⁾. Die Grundlage dieser Entscheidungen ist einmal die Auffassung A.v.Tuhrs, es gebe auch absichtslose Zuwendungen³⁾; er ordnete die rechtsgrundlosen Verfügungen unter diese absichtslosen Zuwendungen ein. Das heutige Schrifttum lehnte diese Gleichstellung größtenteils ab, ohne die Einhaltung der Rechtsprechung bisher wesentlich beeinflussen zu können⁴⁾.

Ausgangslage der Entscheidung des RG war folgendes Problem: Wenn die Parteien durch ein rechtsgrundloses Geschäft eine ebenfalls unwirksame Übereignung vornehmen, so kann, der Regelung der §§ 988, 993 Abs.1 zufolge, derjenige Besitzer, der den Besitz unentgeltlich erlangt hat, die Nutzungen, die er aus dem Gegenstand gezogen hat, behalten. War die Übereignung dagegen wirksam, so muß der rechtsgrundlose Eigentümer neben dem Eigentum nach § 818 Abs.1 die Nutzungen herausgeben. Diese Benachteiligung dessen, der sogar mehr Rechte erworben hat, nämlich das Eigentum, erfordert eine Korrektur: das wird auch anerkannt⁶⁾. Die Schwierigkeit besteht nur darin, den konstruktiv richtigen Weg zu finden.

1) RGZ 163 S.346 ff., eine Entsch. des Großen Senats.

2) RGZ 105 S.347

3) AT III S.136 ff.

4) Baur, Sachenrecht S.86 = § 11 B II 3; Boehmer, Grundlagen II 2 S.11; Esser, SchR II S.374 = S 104 II 3b; Fikentscher, SchR S.539 = § 100 II; Erman-Hefermehl, § 988 Anm.4; Larenz, AT S.332 = § 24 II e; ders. SchR II S.391 Anm.2 = § 64 I; Müller-Freienfels, JherJb 89 S.349; Peters, AcP 153, S.454 ff.; Siber, JherJb 89 S.35; Soergel-Mühl, Vorbem. 16 f vor § 987; Staudinger-Berg, § 988 Anm.2; Westermann, SachenR S.143 = § 31 III 1b; Wolff-Raiser, SachenR S.333 = § 85 II 6; der Rechtsprechung stimmen zu: RGRK-Johannsen, § 988 Anm.4 und Lent-Schwab, ZPO S.167 = § 45 III 2; vgl. im übrigen die folgenden Anmerkungen.

5) RGZ 163 S.346 ff.

6) Larenz bringt den Fall in seiner Methodenlehre S.316 als Beispiel eines Wertungswiderspruches im Gesetz.

Die Rechtsprechung geht von der These aus, die §§ 987 ff. seien bezüglich der Nutzungsherausgabe eine abschließende Regelung; sie stützt sich dabei auf § 993 Abs.1. Wenn man diese These akzeptiert, dann muß man die Lösung innerhalb der §§ 987 ff. suchen. Das hat das RG mit der Ausdehnung des § 988 konsequent versucht.

- a) Das RG stellt zunächst die rechtsgrundlosen Geschäfte als dritte Gruppe neben die entgeltlichen und die unentgeltlichen¹⁾. Unentgeltlich sei nämlich ein Erwerb, wenn er von einer ausgleichenden Zuwendung rechtlich nicht abhängen soll. Eine solche Abhängigkeit sei aber auch bei rechtsgrundlosen Geschäften nie gegeben. Wo es aber bei einem Tatbestand nicht auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes ankomme, dort könne man rechtsgrundlose Geschäfte je nach dem zugrundeliegenden gewollten Geschäft als entgeltlich oder unentgeltlich bezeichnen. Wo es aber allein darauf ankommt, "... ob der Erwerb in seiner Endgültigkeit von einer ausgleichenden Zuwendung rechtlich abhängt", dort will das RG die rechtsgrundlosen und unentgeltlichen Geschäfte zusammenfassen durch einen weiteren Begriff der Unentgeltlichkeit.

Damit setzt sich das RG schon in Widerspruch zu seiner eigenen Ausgangsthese, die die rechtsgrundlosen Geschäfte als eine dritte Gruppe neben den entgeltlichen und unentgeltlichen betrachtete. Es muß doch verblüffen, daß das RG zuerst einer weithin vertretenen Meinung zustimmt, um ihr dann im Ergebnis sofort zu widersprechen.

- b) Die Beweisführung des RG ist außerdem in sich unschlüssig: unentgeltlich soll jede Leistung sein, der nach der Sach- und Rechtslage keine Gegenleistungspflicht gegenüberstehe. Der Konditionsanspruch sei nämlich keine solche Gegenleistung. Solange die Gegenleistung tatsächlich noch nicht erfolgt sei, sei die Leistung tatsächlich unentgeltlich; sei die Gegenleistung aber erfolgt, so handle es sich wenigstens

1) RGZ 163 S.356

um eine rechtliche Unentgeltlichkeit, da die Gegenleistung kondiziert werden könne¹⁾. Da also die Gegenleistung unbeachtlich sei, sei die Leistung unentgeltlich.

Wenn aber die erfolgte Gegenleistung rechtlich unbeachtlich sein soll, weil sie kondiziert werden kann, so muß derselbe Gedanke bereits für die ursprüngliche Leistung zutreffen; ihre Kondizierbarkeit steht ja ebenfalls fest²⁾. Also würde schon gar keine Leistung vorliegen! Eine Schlußfolgerung, die sich im Hinblick auf § 812 wohl von selbst verbietet.

- c) Zudem behauptet das RG, was es noch beweisen müßte, wenn es argumentiert, daß es allein darauf ankomme, ob der Erwerb in seiner Endgültigkeit von einer ausgleichenden Zuwendung rechtlich abhängt. Den Nachweis, daß dem so sein müsse, ist das RG schuldig geblieben.

Das Gericht legt zwar ausführlich dar, warum der Weg über § 818 Abs.1 versperrt sein soll: weil nämlich die §§ 987 ff. eine Sonderregelung darstellen. Das ist aber kein Beweis für die Behauptung, daß es allein auf die rechtliche Endgültigkeit der ausgleichenden Zuwendung ankomme.

- d) In früheren Jahren hat die Rechtsprechung die §§ 812 ff. neben den §§ 987 ff. zugelassen, wenn der Eigentümer gegen den Besitzer die Leistungskondition hatte³⁾. Schon damals betonte das RG den Ausschluß der Kondition durch den Eigentümer für den Fall, daß der Besitzer die Sache von einem Dritten erhalten hat⁴⁾. Diese in den 20er Jahren gefestigte Rechtsprechung hat das RG 1932 verlassen, ohne allerdings den früheren Urteilen ausdrücklich zu widersprechen. Dieser Widerspruch erfolgte in einer Entscheidung im

1) a.a.O.

2) So auch Boehmer, Grundlagen II 2 S.11

3) Vgl. RG JW 1928 S.2444 Nr.8; RGZ 129 S.307 (309); sowie RG vom 28.6.1922 und 27.10.1926, sowie vom 24.10.1927: Diese Entscheidungen sind zitiert nach RG 129 a.a.O.; sie sind - soweit ersichtlich - nirgendwo veröffentlicht.
RGZ 129 S.310

Band. Im wesentlichen stützte sich das RG damals auf drei Argumente:

Einmal sei bedenklich, daß der Eigentümer die Wahl zwischen der Eigentums- und der Bereicherungsklage habe; daß "also bei gleicher tatsächlicher Grundlage" der Umfang der Ansprüche des Eigentümers wegen der Nutzungen von der rechtlichen Natur der erhobenen Klage abhängig gemacht werde. Diese Bedenken können nicht überzeugen. In der Entscheidung, die das RG zum Widerspruch reizte¹⁾, ging der Senat - wie üblich - von dem Klageantrag aus und suchte dafür die rechtlichen Grundlagen. Wenn der Eigentümer Herausgabe der Nutzungen verlangt, so muß der Richter eben die möglichen Rechtsgrundlagen prüfen und dabei die Frage der Spezialität der §§ 987 ff. untersuchen. Das ist ein in keiner Weise ungewöhnliches Verfahren. Dem Eigentümer wird dadurch kein Wahlrecht eingeräumt, etwa in der Form: Herausgabe der Nutzungen nach § 818 Abs.1 oder Herausgabe der Nutzungen nach § 993 Abs.1. Die Rechtsgrundlage für den Herausgabeanspruch sucht und findet der Richter: "Iura novit curia".

Zum anderen - so das RG - sei der Herausgabeanspruch bezüglich der Nutzungen immer schuldrechtlicher Natur; für seinen Umfang könne nur entweder § 818 Abs.1 oder die insoweit auch schuldrechtlichen §§ 987 ff. bestimmend sein²⁾. Dem steht aber entgegen, daß der Gesetzgeber selbst in § 988 den Rückgriff auf § 818 Abs.1 erlaubt hat.

Schließlich beruft sich die Entscheidung noch auf die Entstehungsgeschichte³⁾. Diese Argumentation kehrt immer wieder⁴⁾, und zwar, wie man zugeben muß, zu Recht⁵⁾. Die Berufung auf die Entstehungsgeschichte, die in § 993 Abs.1

1) RGZ 129

2) RGZ 137 S.209

3) a.a.O. S.210

4) So RGZ 136 S.348 (352 f.); Krause, Die Haftung des Besitzes nach den §§ 987-993, S.103; Wieling, AcP 169 S.137 (145 ff.).

5) Prot. II S.710

ihren zutreffenden Anhaltspunkt findet. muß jedoch gegenüber der Ungleichwertigkeit, die durch diese Regelung entsteht, versagen: Wenn man erst einmal erkannt hat, daß die gesetzliche Regelung Wertungswidersprüche aufweist, dann kann es nicht genügen, sich zur Entscheidung über diesen Widerspruch gerade auf die Entstehungsgeschichte zu berufen, die zu den "notleidenden" Paragraphen geführt hat.

- e) Die Rechtsprechung selbst hat bereits verschiedentlich neben den §§ 987 ff. bereicherungsrechtliche Grundsätze angewandt. So wird bei Veräußerung und Verbrauch einer Sache § 816 oder § 812 herangezogen¹⁾. Das begründet man mit der Überlegung, die Veräußerung einer Sache oder ihr Verbrauch habe nichts mit der in den §§ 987 ff. abschließend geregelten Herausgabe von Nutzungen zu schaffen. Das ist zwar richtig, es zeigt aber zugleich, daß die Regelung eben nicht alle denkbaren Fälle erfaßt hat. Der BGH hat erst in jüngster Zeit § 812 Abs.1 bei der Vorenthaltung eines Pachtgegenstandes nach Erlöschen des Pachtverhältnisses angewandt. Einen Ausschluß dieses Anspruches durch die §§ 987 ff. hat er verneint²⁾. Damit kommt er zu einem Anspruch auf Vergütung in Höhe eines angemessenen Pachtzinses, also zu einem Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen. Der BGH erkennt selbst die "Sinnwidrigkeit" einer Regelung an, die die §§ 812 ff. neben den §§ 987 ff. ausschließt und gibt deshalb der herrschenden Lehre recht mit den Worten:

"Für den Fall der Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses jedenfalls ist der Ausschluß eines Bereicherungsanspruches durch die §§ 987 ff. zu verneinen. Dies ist im Ergebnis auch die Meinung des überwiegenden Teils des Schrifttums, dem der Senat sich insoweit anschließt" (3).

Es ist deshalb wohl nur noch eine Frage der Zeit, bis die

1) Z.B. RGZ 158 S.40; RG WarnRspr.1920 Nr.160; BGHZ 14 S.8; BGH NJW 1953 S.58

2) BGH NJW 1968 S.197

3) BGH a.a.O.

Rechtsprechung sich den stetigen Angriffen durch das Schrifttum beugen wird¹⁾.

Man kann also feststellen, daß die Gleichstellung von rechtsgrundlos und unentgeltlich in § 988 in jeder Weise überflüssig ist.

Gleichzeitig zeigt sich damit, daß die bisher vorgeschlagenen Abweichungen von dem im Schuldrecht gewonnenen Begriff der Unentgeltlichkeit einer genauen Überprüfung nicht standhalten konnten.

1) Wieling schlägt in AcP 169 S.137 ff. einen ganz neuen Weg vor. Er will gerade umgekehrt den Gedanken von § 993 Abs.1 auf § 818 Abs.1 übertragen und § 818 Abs.1 restriktiv auslegen (S.148): "Wenn der gutgläubige Besitzer nach dem Willen des Gesetzes die Nutzungen behalten soll, so ist § 818 Abs.1 dahin einzuschränken, daß er wegen der Nutzungen gegenüber einem solchen Bereicherter nicht anwendbar ist, der wegen der Hauptsache der Vindikation ausgesetzt ist. Das ist der allgemeine Grundgedanke, der in § 993 Abs.1 für den Fall ausgesprochen ist, daß Eigentums- und Bereicherungsklagen in einer Hand sind". Er beruft sich u.a. auf die Entstehungsgeschichte (S.145 f.). Der h.L. wirft Wieling öfters vor, sie vergewaltige den Wortlaut des § 993 Abs.1. In gewissen Grenzen ist dieser Vorwurf zutreffend. Wieling macht aber genau dasselbe, nur nicht mit § 993 Abs.1, sondern mit § 818 Abs.1.

D. Die Unentgeltlichkeit im Familienrecht

I. Die Auffassungen im 19. Jahrhundert

Savigny geht in seinem gesamten Schenkungsrecht vor allem von der Schenkung unter Ehegatten aus; er vertritt einen sehr weiten Schenkungsbegriff, der praktisch jeden einseitigen absichtlichen Rechtsverlust umfaßt¹⁾.

Im Schuldrecht ist diese Meinung im Laufe des späteren 19. Jahrhunderts - wie wir gesehen haben - abgelehnt worden. Im Familienrecht findet er nun teilweise Unterstützung von Autoren, die ihn sonst nicht akzeptieren wollten. Burckhard, der ja einen je nach Tatbestand verschiedenartig abgegrenzten Unentgeltlichkeitsbegriff vertrat²⁾, wollte bei den Schenkungen unter Ehegatten erheblich weiter gehen, als bei § 516³⁾. Als Mindestmaß forderte er auch jetzt eine Minderung des einen Vermögens und eine bleibende Erhöhung des "Totalwerthes des anderen Vermögens". Er wollte innerhalb des Familienrechtes noch weiter differenzieren. So sollte ein Zinserlaß unter Ehegatten Schenkung sein⁴⁾; nicht aber das Ausschlagen einer Erbschaft, da keine Minderung erworbenen Vermögens vorliege⁵⁾. Dagegen sei "nicht gesagt", daß diese Ergebnisse auch beim Vormund gelten. Er führte diese angedeutete Differenzierung nicht weiter, so daß man sie wohl eher als Denkanregung, denn als endgültige Meinung ansehen muß. Winscheid wiederum wollte die Schenkung in Form der Gebrauchsgestattung, die er grundsätzlich für möglich hielt, im Familienrecht dann verneinen, wenn sie die Folge des Zusammenlebens war⁶⁾. Er vertritt also einen - von seinem sonstigen Standpunkt aus - engeren Schenkungsbegriff.

1) System IV S.5 ff.

2) Z.B. Schenkung S.73

3) a.a.O. S.73 und 109

4) a.a.O. S.108

5) a.a.O. S.109

6) Winscheid, Pand.II S.892 ff. = § 509

II. Die Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren

Während des Gesetzgebungsverfahrens gab es einige Verschiebungen.

Der heutige § 1301 BGB bezieht sich in beiden Fällen auf die Schenkung.

§ 1369 BGB (ähnlich § 1440 Abs.2 BGF der früher geltenden Fassung erklärte zum Vorbehaltsgut, was der Frau unentgeltlich zugewendet wurde. In E I war zwar in § 1287 auch von Zuwendungen unter Lebenden die Rede, aber das Wörtchen unentgeltlich fehlte. Erst in E II (§ 1268) kam es hinzu. Das ist aber keine sachliche Änderung, wie sich aus den Motiven zeigt¹⁾. Die 1. Kommission verstand unter Zuwendungen nur den unentgeltlichen Erwerb (auch in der Form der gemischten Geschäfte); denn im Falle eines entgeltlichen Erwerbes könne von einer "Zuwendung" keine Rede sein. Was allerdings unter Zuwendung zu verstehen sei, wurde nicht erläutert. Anscheinend verstand man den Begriff weiter, als den der Schenkung, da die Kommission die Fassung des sächsischen Gesetzbuches, das den Begriff der Zuwendung enthielt, der des ALR vorzog, das "nur" von Schenkungen sprach.

§ 1446 BGB a.F. geht von seiner Entwicklung her ausdrücklich auf das Schenkungsrecht zurück. Beide Male (E I und II) wird wie selbstverständlich von dem "bereits weiter vorne geklärten Begriff" ausgegangen²⁾. Das erweist sich besonders bei der Diskussion, ob auch Leihe u.ä. Schenkung sein könne. Die h.M. verneinte das; sie vertrat die Meinung, es würde große Unsicherheit darüber entstehen, ob ein in Gütergemeinschaft lebender Ehemann, ob der Inhaber alterlicher Gewalt oder der Vormund zu Liberalitäten aller Art berechtigt sei. Und diese Unsicherheit wollte sie vermeiden. Dieses Verhalten gilt auch für die restlichen Paragraphen des Familienrechts, in denen auf die Unentgeltlichkeit Bezug genommen wird.

1) Mot. IV S.169

2) Prot. II S. 3 f.

III. Die Erweiterung der Schenkung auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung

So häufig im Familienrecht die Unentgeltlichkeit vorkommt, so wenig wird sie beachtet. Hinweise, auch wenn sie abweichen, werden nur selten ausgiebig begründet.

1. Alle die Autoren, die einen weiten Schenkungsbegriff vertreten, die also sowohl die kostenlose Überlassung eines Hauses, ein zinsloses Darlehen u.a.m. als Schenkung ansehen, übernehmen ihre Auffassung auch hier. Die Mehrzahl der Autoren lehnt einen so weiten Begriff aber - wie erwähnt - ab¹⁾. Der enge Schenkungsbegriff bei § 516 wird aber von einigen Autoren zum Familienrecht aufgegeben. So schreibt Heck, der Vormund dürfe trotz § 1804 nicht die Macht haben, ein Zinshaus seines Mündels zu unentgeltlicher Nutzung zu vergeben. Er hält die ablehnende Haltung der damals herrschenden Lehre für nicht interessegemäß; er vertritt deshalb die Auffassung, die Vorschriften über Leihe, Darlehen und Auftrag seien nicht als allgemeine Ausschließung des Schenkungsrechtes aufzufassen²⁾. Ganz ähnlich meinen Enneccerus-Lehmann, man müsse die §§ 1641 und 1804 so auslegen, daß sie auch Gebrauchsüberlassungen erfassen können³⁾. Auf einem anderen Weg versuchen es Kohler⁴⁾ und Liebisch⁵⁾. Beide wollen von dem Wortlaut des Gesetzes abweichen. So schreibt Kohler:

"Die Zuwendungen unterliegen gewissen Verfügungsbeschränkungen, die im BGB teilweise für unentgeltliche Verfügungen überhaupt, teilweise ungenau, nur für Schenkungen ausgesprochen sind, so die §§ 1416, 1641, 1804, 2113 und 2205" (6).

Und Liebisch ist der Auffassung, der Schutz des Mündelvermögens vor Beeinträchtigungen erfordere eine der entspre-

1) Vgl. dazu oben B § 5 I

2) SchR, S.297

3) SchR, S.487 = § 120 II 1a

4) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II § 86 II 2

5) Zuwendungen, S.82 ff.

6) Vgl. Anm.4 a.a.O.

chenden Vorschriften auf alle Zuwendungen¹⁾, also auch auf Leihe und zinsloses Darlehen.

2. Gegen diese Auffassung spricht schon einmal der insoweit eindeutige Wortlaut des Gesetzes. Man könnte höchstens die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe eine Gleichstellung von den §§ 1425, 1641 und 1804 mit den §§ 2113 und 2205 übersehen. Auf diesem Wege käme man zu einer Fassung der entsprechenden Paragraphen, die sie auf den Schutz vor allen unentgeltlichen Verfügungen erweitert hätte. Dagegen spricht aber die häufige Verwendung des Begriffes der Unentgeltlichkeit im Familienrecht. Es besteht die Vermutung, daß das Schweigen des Gesetzes ein beredtes Schweigen ist²⁾. Außerdem würde diese Ausweitung alleine noch nicht genügen, um auch die Leihe zu erfassen.

Darüber hinaus zeigt ein Blick auf die gesetzliche Regelung, daß der Gesetzgeber bewußt darauf verzichtet hat, den Verzicht auf einen Vermögenserwerb unter denselben strengen Schutz zu stellen, wie die (endgültige) Weggabe eines Vermögenswertes. So ist ausdrücklich festgehalten, daß die Eltern, bzw. der Vormund, Mündelgeld verzinslich anlegen müssen, §§ 1642 und 1806. Hätte man in einem unverzinslichen Darlehen bereits eine Schenkung gesehen, so wäre eine solche gesonderte Regelung überflüssig gewesen. Hätte der Gesetzgeber eine Anlegung von Mündelgeld gegen die eben genannten Vorschriften für unwirksam erklären wollen, so wäre es ihm ein Leichtes gewesen, das entsprechend zu regeln. Der gesonderte Hinweis zeigt, daß die Vergabe eines zinslosen Darlehens nicht nichtig sein sollte. Die h.L.

1) Vgl. Anm.5 S.147

2) So die Auffassung von A.v.Tunr. III S.163. Die h.L. will daher am Begriff der Schenkung nicht rütteln: vgl. Doelle, FamR I S.913 = § 70 VI 3; ders. FamR II S.205 f. = § 94 III 20; Lehmann-Henrich, FamR S.112; Palandt-Lauterbach, § 1425 Anm.2, § 1641 Anm.1, § 1804 Anm.1; Staudinger-Felgentraeger, § 1425 Anm.11; Staudinger-Engler, §§ 1641 Anm.2 und 1804 Anm.2

ist denn auch der Auffassung, daß ein Geschäft, das gegen diese Vorschriften verstößt, nicht nichtig ist¹⁾. Der Gedanke, der im Gesetz für das Darlehen ausgesprochen ist, muß in gleicher Weise auch auf die Leihe gelten. Zinsloses Darlehen und Leihe sind verwandte Rechtsinstitute, die denselben rechtlichen Zweck verfolgen: Beide räumen dem Empfänger den unentgeltlichen Gebrauch ein.

Der starke Schutz, den das Gesetz für das Mündelvermögen durch die Nichtigkeit von Schenkungen ausgeformt hat, ist für Leihe und Darlehen gar nicht nötig. Bei Leihe und zinslosem Darlehen scheiden die Vermögenswerte nicht endgültig aus dem Vermögensverbund aus. Sie sind jederzeit rückholbar. Gerade darin zeigt sich der schwache Schutz unentgeltlicher Geschäfte.

Zusätzlich kann das Kind oder Mündel auf den Entleiher oder Darlehensgeber zurückgreifen, falls dieser gegen den Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung verstoßen hat, §§ 1664 und 1833. Dieser Schutz ist voll ausreichend. Es muß deshalb bei dem üblichen Verständnis des Schenkungsbegriffes bleiben.

IV. Der Verzicht auf die Einigung

1. Beim subjektiven Tatbestand wollen einige Autoren auf die Einigung über die Unentgeltlichkeit verzichten. Soergel-Vogel sehen z.B. in § 1375 Abs.2 Nr.1 einen Schutzgedanken verwirklicht, der jede unentgeltliche Verfügung erfassen wolle²⁾. Eben deshalb wollen sie auf die Einigung verzichten. Freilich beantworten sie die Frage nicht, wie man nun feststellen soll, daß eine Zuwendung tatsächlich unentgeltlich ist. Staudinger-Felgentraeger wollen es anscheinend auf die objektive Ungleichwertigkeit der Vermögenswerte abstellen. Mit diesem Maßstab wird die objektive Äquiva-

1) Palandt-Lauterbach, § 1642 Anm.1; RGRK-Scheffler, § 1806 Anm.6

2) Kommentar, § 1375 Anm.9

lenztheorie ins Spiel gebracht. Dieser objektive Maßstab hat sich schon im 19. Jahrhundert nicht durchsetzen können; schon damals wußte man, daß eine solche Beurteilung zu einer übermäßigen Einschränkung des Geschäftsverkehrs führen müßte und dem Parteiwillen in keiner Weise Rechnung trägt¹⁾. Eine so weitgehende Beeinträchtigung hat der moderne Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigt: Dann müßte man ja einen Notverkauf ebenso als unentgeltlich einordnen, wie z.B. einen Liebhaberkauf. Konsequenterweise würde, dürfte ein Ehegatte nur noch dem Vermögen nützliche Geschäfte tätigen. Schon dies zeigt die Unhaltbarkeit eines ausschließlich objektiv ausgerichteten Maßstabes.

2. Man könnte daran denken, die Ergebnisse der Rechtsprechung zu den §§ 2113 Abs.2 Satz 1 und 2205 Satz 3 in das Familienrecht zu übertragen. Das RG hat dort den Maßstab der "ordnungsgemäßen Verwaltung" entwickelt, um unentgeltliche Verfügungen des Vorerben und Testamentsvollstreckers zu beurteilen. Unglücklicherweise gibt es aber bei der Zugewinnsgemeinschaft keine Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung. Man könnte allerdings versuchen aus den §§ 1364 ff. und den dort angeordneten Beschränkungen einen ähnlichen Prüfstein für unentgeltliche Verfügungen zu bauen. Sinn hätte dieser Versuch aber nur dann, wenn die Rechtsprechung zu den §§ 2113 Abs.2 Satz 1 und 2205 Satz 3 auf konstruktiv festen Füßen ruht. Das muß aber - wie sich unter E zeigen wird - abgelehnt werden. Schon dieser Mangel an objektiven Kriterien zeigt, daß man auf die Einigung als notwendiges Merkmal der Unentgeltlichkeit nicht verzichten kann.
3. Dann bleibt die Frage, wonach man sonst die einseitige Unentgeltlichkeit beurteilen könnte.

Denkbar wäre etwa die Überlegung: Entscheidend sei ausschließlich, ob der zuwendende Ehegatte von seiner Sicht aus unentgeltlich verfügt. Ob er z.B. mehr für den Erwerb

1) Kommentar, § 1390 Anm.11

eines Gegenstandes ausgegeben hat, als er eigentlich müßte. Man könnte etwa an folgenden Fall denken: Ein Ehegatte kauft bei einem noch unbekannten Maler ein Bild teuer ein. Oder umgekehrt: er verschleudert einen Gegenstand, dessen hoher Wert ihm bekannt ist. Der gesetzlichen Regelung des § 1375 Abs.2 folgend, würde ein solcher Fall eher unter die Nummer 2 passen, die Vermögensverschwendung. Eine solche Einordnung würde allerdings für den anderen Ehegatten die Möglichkeit ausschließen, über § 1390 bei dem Dritten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung Ausgleich zu suchen. Ein solches Ergebnis ist aber nur folgerichtig. Der Dritte ging von der Überzeugung aus, einen Kaufvertrag abgeschlossen zu haben. Er hat seine Leistung erbracht; insoweit ist er auch nicht ungerechtfertigt bereichert. Also kann auch ein solcher einseitiger Maßstab nicht genügen.

Es zeigt sich damit, daß es keine sinnvolle Abgrenzung einer einseitigen unentgeltlichen Zuwendung im Familienrecht gibt. Es muß deshalb bei der bisherigen Erkenntnis bleiben, daß eine Einigung über die Unentgeltlichkeit erforderlich ist.

E. Die Unentgeltlichkeit im Erbrecht

1. Die Ansichten der Lehre im Gemeinen Recht

1. Das Gemeine Recht übernahm völlig die Grundsätze des Justinianischen Rechts. Dieses kannte den Vorerben in heutiger Ausprägung nicht. Es hielt an dem Grundsatz "semel heres, semper heres" fest. Eine mehrfach aufeinanderfolgende Universalsukzession wurde jedoch der Wirkung nach durch die Zulassung des Universalfideikommisses erreicht. Rechtlich wurde nur der ERSTBEDACHTE (heres fiduciarius) als Erbe angesehen, der NACHGESETZTE (heres fideicommissarius) hatte die rechtliche Stellung eines Vermächtnisnehmers. Nach Eintritt des Fideikommissfalles mußte der Fiduziar den Nachlaß an den Fideikommissar herausgeben. Bis zum Zeitpunkt der Herausgabe mußte die Erbschaft gesichert werden. Deshalb waren Verfügungen des Fiduziars grundsätzlich unwirksam; sie waren jedoch (ausnahmsweise) wirksam, wenn sie den objektiv zu bestimmenden Grundsätzen ordentlicher Verwaltung entsprachen oder - bei entgeltlichem Erwerb - wenn sich beide Parteien über die Zugehörigkeit des Gegenstandes zum Vermächtnis gutgläubig irrten. Absicht oder Bewußtsein der Benachteiligung des Erben waren nie erforderlich¹⁾. So meinten Winscheid-Kipp stellvertretende für alle: Veräußerungen von Erbschaftssachen seien nichtig, ausgenommen, wenn sie durch die Regeln einer guten Wirtschaft geboten seien²⁾. In den praktischen Ergebnissen entspricht diese Regelung unserem heutigen Vorerben

1) Vgl. dazu Krawielicke, GruchBeitr. 71 S.113 ff.

2) Winscheid-Kipp III § 665 = S.704 ff.

Der Erblasser konnte den Fiduziar jedoch dadurch freier stellen, daß er den Fideikommiss auf den Überrest (Fideicommissum eius quod superfuturum erit) anordnete. In diesem Fall haftete der Fiduziar einmal für diejenigen Rechtshandlungen, die er in der dolosen Absicht vornahm, das Recht des Fideikommissars zu schmälern. Ansonsten war er in seinen Verfügungsrechten nicht beschränkt, soweit er sich auf drei Viertel des Gesamtnachlasses beschränkte. Das letzte Viertel durfte er nur in Notfällen angreifen. Diese Regelung entspricht wirtschaftlich etwa unserem heutigen befreiten Vorerben.

2. Das preußische Recht regelte diesen Problembereich anders. Der Fideikommissar hatte nicht nur ein relatives Recht, sondern ein absolutes. Der Fiduziar durfte nur noch unter der auflösenden Bedingung des Fideikommissfalles über die Erbschaftsgegenstände verfügen¹⁾. Verfügungen des "Vorerben" wurden also im Zeitpunkt des "Nacherbfalles" unwirksam; der "Nacherbe" konnte vindizieren oder war Inhaber der Forderung. Daher brauchte der "Nacherbe" nicht durch Veräußerungsverbote geschützt zu werden, da dieser Schutz bereits in der dinglichen Beschränkung des Vorerben enthalten war²⁾. Schließlich wurde ganz allgemein der gute Glaube des Erwerbers geschützt³⁾. Beim Fideikommiss auf den Überrest hatte der Fiduziar grundsätzlich Verfügungsfreiheit. Unwirksam waren jedoch "Schenkungen", die auf einer bloßen Freigebigkeit beruhten⁴⁾.

1) Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht IV S.621 f.

2) Vgl. Krawielicki a.a.O. S.119

3) Foerster-Eccius II S.297; ALR § 26 I 15

4) Foerster-Eccius IV S.623 Anm.16

II. Das Gesetzgebungsverfahren

1. Im E I fehlte eine dem § 2113 Abs. 2 entsprechende Regelung. Erst die 2. Kommission führte den Begriff der Unentgeltlichkeit ein. Man verstand darunter anscheinend nur Schenkungen. Das zeigt eine Bemerkung, wonach nur Streit darüber bestand, welche Ausnahme man von der Unwirksamkeit von Schenkungen machen solle¹⁾.

2. Ausführlicher sind die Überlegungen, die zu § 2205 S. 2 geführt haben.

E I hatte den TV in den §§ 1889 ff. geregelt. Er hatte eng umgrenzte Befugnisse und war insbesondere durch § 1899 auf den Maßstab der ordnungsmäßigen Verwaltung festgelegt. In § 1900 hieß es, der TV sei zur Verfügung über die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände nur dann berechtigt, wenn sie zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sei. Man wollte mit diesen Vorschriften - die die h.M. des Gemeinen Rechts aufnahmen - die Verfügungsmacht des TV eng an die des VE anlehnen²⁾.

Der E II wollte den Testamentsvollstrecker aus dieser engen Fessel befreien: Der zweiten Kommission lag ein Antrag vor, dem Testamentsvollstrecker ein freies Verfügungsrecht zu gewähren³⁾. Dieser Antrag wurde angenommen. Ausschlaggebend waren folgende Gründe:

Die geschichtliche Entwicklung dränge dazu, die Stellung des TV auszudehnen. Mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis müsse man von einem causal-bedingten Verfügungsrecht Abstand nehmen. "Es bleibe demnach nichts anderes

1) Prot. V S. 97 f.

2) Prot. V S. 233

3) Prot. V S. 279 ff.

übrig, als dem Vollstrecker ein absolut freies Verfügungsrecht zu gewähren, da jede andere Schranke die Gefahr nahelege, daß die Erreichung des Zweckes der Testamentsvollstreckung, den letzten Willen des Erblassers zur Durchführung zu bringen, erheblich erschwert werde" (1) .

Eine Analogie zum normalen Vorerben wird verworfen, da dessen Einschränkungen auf einem gewissen Mißtrauen des Erblassers beruhen. Viel knapper waren die Überlegungen beim Vorerben²⁾. Man war "im Prinzip" damit einverstanden, unentgeltliche Verfügungen aus der Verfügungsmacht auszuschließen. Die Zusatzanträge zeigen, daß man bei unentgeltlichen Verfügungen vorwiegend an Schenkung gedacht hat³⁾.

3. § 2207 BGB nimmt lediglich den Gedanken des § 2205 wieder auf, bringt also sachlich nichts Neues. § 2301 BGB will ausdrücklich nur Schenkungen erfassen. § 2325 spricht ebenso von Schenkungen, wie die §§ 2327 und 2329. In allen diesen Fällen ging man von dem üblichen Schenkungsbegriff aus. Das wird zwar nicht wörtlich gesagt, ergibt sich aber gerade aus dem Schweigen. Hätte man die Schenkung hier anders verstehen wollen, wäre das sicher diskutiert worden.

Hingegen spricht § 2375 von der Unentgeltlichkeit einer Veräußerung und Belastung. In beiden Entwürfen war diese Vorschrift noch im Besonderen Teil des Schuldrechts zu finden, die in E I und E II im wesentlichen gleich verstanden wurden.

Man wollte damit das Prinzip wahren, daß der Käufer alle Erbschaftsgegenstände erwirbt. Die Unentgeltlichkeit wurde aber nicht weiter diskutiert.

1) Prot. V S.281

2) Prot. V S. 97 f., 101

3) Prot. V S. 97 VII Antrag 2 und 3

III. Rechtsprechung und Lehre heute

1. Im 20. Jahrhundert verstand die ganz herrschende Lehre unter unentgeltlichen Verfügungen zunächst vor allem die Schenkung, aber auch grundsätzlich die Ausstattung¹⁾. Sie übernahm zum Begriff der Unentgeltlichkeit also im wesentlichen die Ergebnisse, die sie zu § 516 gewonnen hatte. Eine abweichende Auffassung vertrat Hothorn²⁾. Er wollte den § 2113 Abs. 2 Satz 1 so ähnlich verstanden wissen, wie ihn das RG wenig später interpretierte³⁾, ohne allerdings auf Hothorn zurückzugreifen. Leonhard hat dieser Auffassung Hothorns ganz entschieden widersprochen⁴⁾.
2. Allgemein akzeptiert hat die Lehre die weite Auslegung des § 2113 Abs. 2 Satz 1 erst, nachdem das RG in seiner Entscheidung im 81. Band diesem neuen Verständnis den Weg bahnte⁵⁾. Das RG stützte sich zum erstenmal bei der Beurteilung der Unentgeltlichkeit auf den Mißbrauch der Verfügungsmacht und stellte das Erfordernis einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Erbes auf. Diese Ausweitung des Begriffes der Unentgeltlichkeit fand ihre Bestätigung in einem Urteil, das 10 Jahre später erging, nämlich 1923⁶⁾ und seine endgültige Formulierung durch das RG in einer Entscheidung im 125. Band⁷⁾.

"Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes liegt eine unentgeltliche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand vor, wenn der Vorerbe - objektiv betrachtet - ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer

1) Fischer-Henle (5. Aufl.) § 2113 Nr. 5 (Verweis auf § 2138). Leonhard, ErbR § 2113 II A-D; Neumann, § 2113 I 2; Planck (3. Aufl.) § 2138 Anm. 4; Türcke-Niederführ-winter. § 2113 Anm. 6

2) Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben (Diss. 1911) S. 90 ff. (95 f.)

3) RGZ 81 S. 364, 366 (1913)

4) a. a. O. (vgl. Anm. 1)

5) RGZ 81 S. 364 (366)

6) RGZ 105 S. 248 ff.; ähnlich RGZ 117 S. 97

7) RGZ 125, S. 242 ff. (245)

aus der Erbschaftsmasse bringt und - subjektiv betrachtet - entweder weiß, daß diesem Opfer keine gleichwertige Gegenleistung an die Erbschaftsmasse gegenübersteht, oder doch bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Masse, unter Berücksichtigung seiner künftigen Pflicht, die Erbschaft an den Nacherben herauszugeben, das Fehlen oder die Unzulänglichkeit hätte erkennen müssen".

An diesem Maßstab hat die Rechtsprechung im wesentlichen unbeirrt festgehalten¹⁾. Die ganz herrschende Lehre hat ihn sich vollinhaltlich zu eigen gemacht²⁾. Einig ist man sich darin, daß der Begriff der Unentgeltlichkeit beim Testamentsvollstrecker ebenso verstanden werden muß, wie beim Vorerben³⁾, da die Interessenlage beidemale dieselbe ist⁴⁾: der Schutz des Nacherben vor Verfügungen des Vorerben und des Erben vor denen des Testamentsvollstreckers.

Dennoch hat sich die Rechtsprechung inzwischen zu einer differenzierenden Betrachtungsweise entschließen müssen. Sie zieht eine Schranke zwischen dem befreiten Vorerben auf der einen Seite und dem "normalen" Vorerben bzw. Testamentsvollstrecker auf der anderen Seite. Beim befreiten Vorerben ist eine Verfügung schon dann entgeltlich, wenn sie nur ihm selbst zugute kommt, soweit sie in wirtschaftlich gerechtfertigter Weise seinen Lebensunterhalt zu verschaffen bezweckt⁵⁾.

3. Diese Rechtsprechung wird nur ganz vereinzelt angegriffen.

-
- 1) RGZ 148 S.385 (391); RGZ 159 S.385; RG JW 1938 S.525; RG DR 1945 S.57; KG HRR 1930 Nr.984; BGHZ 5 S.185; 7 S.274 = BGH LM Nr.3 zu § 2113; BGH NJW 1955 S.1354; BGH NJW 1963 S.1613 ff.; BGH WPM 1970 S.1422
 - 2) Bartholomeycil, Erbrecht S.261 und 276; Brox, ErbR Rdn. 487 und 523; Erman-Hesse, § 2113 Nr.4, § 2205 Nr.8; Fischer-Henle, BGB (13.Aufl.), § 2113; Kipp-Coing, ErbR S.215 und 294; Flanck-Flad, § 2113 Anm.2; Palandt-Keidel, § 2113 Anm.2, § 2205 Anm.3; RGRK-Johannsen, § 2113 Anm.21; RGRK-Kregel, § 2205 Anm.22; Soergel-Ehard-Eder, § 2113 Anm.5 und § 2205 Anm.7; Staudinger-Seybold, § 2113 Anm.10d; Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm.28
 - 3) Vgl. die Anmerkungen der zitierten Literatur, die bei § 2205 ständig auf § 2113 Abs.2 verweist.
 - 4) Vgl. Anm.2 ; zusätzlich: Krawielicki- GruchBeitr.71 S.113 ff.; RGZ 125 S.242 (246); BGH NJW 1963 S.1613 (1614)

In früherer Zeit waren es insbesondere Kipp¹⁾ und Krawielicki²⁾. Heute äußert Lange einige Bedenken³⁾. Alle drei rütteln nur an dem subjektiven Maßstab, den die Rechtsprechung entwickelt hat, nämlich der Kenntnis oder der fahrlässigen Unkenntnis davon, daß die Verfügung nicht im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung liegt. Kipp hält eine Verfügung des Vorerben nur dann für unentgeltlich, "wenn der Vorerbe ein angemessenes Entgelt nicht erhält und auch seinerseits die Sachlage nicht anders einschätzt". Zur Begründung seiner Auffassung verweist er insbesondere auf die verminderte Haftung des Vorerben nach § 2113 und des befreiten Vorerben nach § 2138. Dem hält Krawielicki entgegen, aus dem Haftungsmaßstab könne man noch nicht auf die Unentgeltlichkeit schließen; im Ergebnis ist er aber derselben Ansicht wie Kipp. Er stützt sich allerdings zur Begründung auf die Notwendigkeit des Verwalters, sein freies Ermessen bei der Erfüllung des Willens des Erblassers voll zur Geltung bringen zu können. Lange hingegen weist auf die Notwendigkeit hin, nicht nur den Erben oder Nacherben zu berücksichtigen, sondern auch den Verkehrsschutz. Als geeignetes Kriterium schlägt er deshalb "die dem Gegner erkennbare Pflichtverletzung im Verhältnis zum Erben" vor.

IV. Kritik und eigene Meinung

Bevor auf diese einzelnen Fragen eingegangen wird, muß zunächst die Rechtsprechung selbst überprüft werden. Angesichts der schon über 50jährigen unveränderten Rechtsprechung, angesichts der geringen Kritik, die sie bisher

5) KG HRR 1930 Nr.984; BGH LM § 2136 Nr.2; OLG Braunschweig MDR 1956 S.612; Johannsen, WPM 1970 S.3; Palandt-Keidel a.a.O. (Anm.)

1) Kipp, JW 1925 S.375; ders. in KESTG § 113 Anm.13

2) GruchBeitr. 71 S.113 ff.

3) Erbrecht, S.238 Anm.24 = § 26 6c für § 2113 Abs.2 und S.307 = § 29 VI 2b für § 2205

gefunden hat, erscheint eine solche Untersuchung von vornherein als aussichtslos. An der Rechtsprechung, die erst jüngst wieder bestätigt wurde, wird sie nicht rütteln können¹⁾. Die Klarheit über den Begriff der Unentgeltlichkeit erfordert aber dennoch eine eingehende Würdigung dieser Entwicklung.

- 1) Man könnte daran denken, daß diese Tradition bereits Gewohnheitsrecht geschaffen hat. Nach einer weit verbreiteten Ansicht soll schon die lange Übung Rechtsverwirklichung sein²⁾. Das allein kann aber jedenfalls zur Annahme von Gewohnheitsrecht nicht genügen. Gewohnheitsrecht liegt erst vor, wenn die Gerichte an den "gewohnheitsrechtlich geltenden Satz" genau so gebunden sind wie an das Gesetz. Eine solche feste Bindung ist bisher weder von dem Reichsgericht noch von dem Bundesgerichtshof angenommen worden. Der BGH hat sogar einmal zu verstehen gegeben, daß er nur mangels besserer Abgrenzungsmöglichkeiten an dem Maßstab der ordnungsmäßigen Verwaltung festhält³⁾.

Die gesamte Entwicklung zu den §§ 2113 Abs.1 Satz 2 und 2205 Satz 3 beruht ausschließlich auf dem Urteil des RG im 81.Band⁴⁾. Nur dort wird ein Versuch unternommen, diese weittragende Ausweitung der Unentgeltlichkeit zu begründen⁵⁾.

Das RG legt zunächst ein Bekenntnis ab, dahingehend, daß das Wesen einer entgeltlichen Verfügung nicht ausschließlich in objektiven Merkmalen gesucht werden dürfe:

"Ist es doch nur der subjektive Wille der Beteiligten, der die auf beiden Seiten in Betracht kommenden Leistungen zueinander in das sog. synallagmatische, in

1) BGH NJW 1971 S.1805

2) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S.340

3) BGH NJW 1963 S.1614

4) RGZ 81 S.364 ff.

5) Alle weiteren Entscheidungen übernehmen dieses Ergebnis, um sich dann auf eine gefestigte Rechtsprechung zu berufen.

das Verhältnis von Leistung um einer anderen Leistung willen oder von Leistung und Gegenleistung zu setzen vermag" (1) .

Das RG zerstört letzten Endes genau diesen Ausgangspunkt, indem es auf den Willen des Vertragsgegners keinerlei Rücksicht nimmt, sondern ausschließlich auf den Vorerben bzw. Testamentsvollstrecker blickt. Zur Rechtfertigung dieser Haltung beruft sich das Gericht vor allem auf die §§ 2120 und 2130. Aus beiden Regelungen ergebe sich als "subjektiver" Maßstab die "ordnungsmäßige Verwaltung". Diesen Maßstab müsse sich auch der befreite Vorerbe (denn ein solcher war es) gefallen lassen. Das ergebe sich aus § 2130 BGB (gemeint war wohl § 2136), "der § 2113 Abs.2 nicht mit anzieht und dadurch zu erkennen gibt, daß unentgeltliche Verfügungen auch dem befreiten Vorerben nicht gestattet sind"²⁾. Auch in der Folgezeit mußte sich der befreite Vorerbe ständig mit dem Maßstab der ordnungsmäßigen Verwaltung messen lassen³⁾.

Gegen diese Argumente spricht aber - so eindeutig wie irgendwie möglich - das Gesetz: In § 2136 wird ausdrücklich festgehalten, daß der Erblasser den befreiten Vorerben von der Pflicht den Nachlaß ordnungsgemäß zu verwalten gerade befreien kann. § 2136 befreit den Vorerben gerade von den Schranken des § 2130, der auf den Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung Bezug nimmt. Das scheinbar stärkste Argument des RG ist also in Wirklichkeit sein schwächstes.

Schließlich verweist das Gericht zur Rechtfertigung dieser Mischung von objektiven und subjektiven Merkmalen auf die §§ 119, 1333, 2078 und 2281⁴⁾. Nun ist zwar zutreffend, daß in diesen Paragraphen eine derartige Mischung vorgenommen wurde. Das beweist aber doch noch nichts für die Unentgeltlichkeit. Ebensogut könnte man auf Paragraphen ver-

1) RGZ 81 S.365

2) RGZ 81 S.366

3) RGZ 125 S.242; BGHZ 7 S.275

4) RGZ 81 S.367

weisen, bei denen das Gegenteil der Fall ist; und daraus dann ein Gegenargument herleiten. Das eine erscheint mir ebensowenig sinnvoll wie das andere.

Das RG krönt schließlich seinen Beweisgang mit der Feststellung, § 2130 stehe dem neuen Verständnis nicht entgegen, da es sich nicht um das Maß der von dem Vorerben zu tragenden Verantwortung handle, sondern um die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit seiner Verfügungen¹⁾. Das Gericht läßt sich nicht darüber aus, was es eigentlich sagen will. Vermutlich will es den Gedanken zurückweisen, der Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung beschränkte sich auf die Funktion als Haftungsrahmen bei der Herausgabe der Erbschaft. Nun beschäftigt sich aber § 2130 ebenso wie übrigens § 2120 ausschließlich mit dem Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben. Der Maßstab der Unentgeltlichkeit trifft aber das Verhältnis zwischen dem Vorerben (bzw. dem Testamentsvollstrecker²⁾) und dem Geschäftsgegner. Also bestehen schon von daher ausgesprochene Bedenken, einen Maßstab, den das Gesetz nur als Regelung für das Innenverhältnis vorgesehen hat, auf das Außenverhältnis zu übertragen.

Überblickt man diese Argumentation, so ist man zu der Feststellung gezwungen, daß die herrschende Lehre auf recht tönernen Füßen steht.

2. Aber gegen den Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung als Kriterium der Unentgeltlichkeit bestehen noch weitere Bedenken.

Formuliert man die §§ 2113 Abs. 2 Satz 1 und 2205 Satz 3 einmal so, wie sie nach der herrschenden Lehre heißen müßten, so würden sie etwa lauten:

1) RGZ 81 a.a.O.

2) Im folgenden werden Vorerbe VE und Testamentsvollstrecker TV abgekürzt; im übrigen wird, wenn vom VE die Rede ist, der TV sinngemäß mitverstanden.

Eine Verfügung des VE (TV) ist unwirksam, wenn sie objektiv ungleichwertig ist und sich nicht im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung bewegt. 41.5

In dieser Form findet man sie weder im Familienrecht noch im Erbrecht. Lediglich das Verfügungsrecht des Nießbrauches ist auf ähnliche Weise eingegrenzt. In § 1048 Satz 1 wird festgehalten:

Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauches, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen.

Aber sogar hier ist strittig, ob eine Verfügung, die sich nicht in diesem Rahmen bewegt, unwirksam ist oder nicht¹⁾. Wichtig ist dabei nur folgendes: In § 1048 Satz 1 ist ausdrücklich eine Beschränkung auf Verfügungen im Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaft erfolgt. Eine solche ähnlich eindeutige Regelung fehlt beim VE oder TV. Obwohl die Stellung des VE eine gewisse Ähnlichkeit mit der des Nießbrauchers hat; § 2128 Abs.2 verweist sogar einmal ausdrücklich auf den Nießbraucher, allerdings nur bezüglich der Sicherheitsleistung, falls das Verhalten des VE Anlaß zur Besorgnis gibt.

3. Die Ergebnisse der h.L. lassen sich deshalb mit dem Gesetz nur schwer in Vereinbarung bringen. So stützt sich die "überzeugende Argumentation" des RG insbesondere auf die §§ 2120 und 2130. Beide Vorschriften regeln aber ausschließlich das Verhältnis des VE zum Nacherben. § 2120 statuiert eine Einwilligungspflicht des Nacherben bei den Verfügungen des VE nach § 2113. Und § 2130 betont die Herausgabepflicht des VE im Fall der Nacherbfolge, Vom Verhältnis des VE oder NE zum Dritten ist in beiden Vorschriften nicht die Rede. Und dennoch bastelt das RG aus diesen beiden Vorschriften ein Ergebnis, das im entscheidenden Maße auf das

1) OLG Celle JW 1938 S.49; Palandt-Degenhart, § 1048 Anm.1; Westermann, Sachenrecht, § 121 III 3

Verhältnis zwischen dem VE (bzw. dem TV) und dem Dritten Einfluß hat.

Unentgeltlich muß nach der h.L. z.B. eine Verfügung des VE sein, durch die dieser mit Mitteln des Nachlasses eine eigene Schuld erfüllt; denn in den Nachlaß gelangt durch diese Schulderrfüllung keine Gegenleistung¹⁾. Damit setzt sich die h.L. aber in Widerspruch zum Gesetz: Denn das Gesetz hat für diesen Fall nur Wertersatz angeordnet; das ergibt sich aus § 2134. Dort wird ein Wertersatz des VE normiert, wenn er Erbschaftsgegenstände für sich verwendet. Das Gesetz läßt daneben eine weitergehende Haftung zu, falls ein Verschulden des VE vorliegt; nicht aber die Unwirksamkeit einer solchen Verwendung.

Im Lichte der h.M. müßte man § 2134 auf solche Verwendungen beschränken, bei denen es sich nicht um Verfügungen handelt. Das widerspricht aber dem Wortlaut und dem Gedanken des § 2134. Er geht davon aus, daß der Gegenstand aus der Nachlaßmasse endgültig entfernt ist. Sonst wäre die Anordnung eines Wertersatzes unnötig. Die h.L. berücksichtigt diese Haltung des Gesetzgebers und will § 2134 nicht eng begrenzt sehen. Ihrer Auffassung nach will § 2134 insbesondere die Verwendung von Geld für den VE, z.B. in Form einer Aufrechnung von Rechten der Erbschaft für eigene Schulden regeln²⁾. Das ist richtig, widerspricht aber dem Ausgangspunkt der h.L. Oder soll einerseits die Verfügung - weil nicht ordnungsgemäß - schon unwirksam sein und zusätzlich der VE noch Wertersatz schulden? Das ist kaum denkbar.

Die Rechtsprechung will den befreiten VE im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung freier stellen als den nichtbefreiten VE. Er soll solche "Verwendung für sich" wirksam vornehmen können, die in wirtschaftlich gerechtfertigter Weise dazu dienen, seinen Unterhalt zu sichern³⁾. Damit be-

1) Vgl. dazu Zitat von RGZ 125 S.245 (= S.56)

2) Palandt-Keidel, Anm.1; RGRK-Johannsen. Anm.2; Staudinger-Seybold, Anm.1

3) Vgl. S.156

schränkt die Rechtsprechung den § 2134 in seiner Anwendung auf den befreiten VE, obwohl der befreite VE nach § 2136 aus den Grenzen des § 2134 überhaupt entlassen werden kann; sie wendet also einen Paragraphen in restriktiver Auslegung an, der überhaupt nicht zum Zuge kommen dürfte.

Widerspruchsvoll zur gesetzlichen Regelung ist auch die Trennung zwischen dem befreiten VE auf der einen Seite und dem "normalen" VE bzw. dem TV auf der anderen Seite. Zu dieser Trennung sieht sich die h.L. wegen § 2136 gezwungen. Die gesetzliche Regelung zeigt, daß der Trennstrich eher zwischen dem VE einerseits und dem befreiten VE bzw. TV andererseits verlaufen müßte. Die Stellung des TV ähnelt in weit größerem Maße der des befreiten VE als der des nichtbefreiten VE. Seine Verfügungsmacht über Nachlaßgegenstände ist in erheblichem Maße ausgeweitet. Er kann auch dann verfügen, wenn diese Verfügung für den Erben noch im Zeitpunkt des Wegfalls der Testamentsvollstreckung nachteilig ist¹⁾. Auf eine Zustimmung des Erben ist er niemals angewiesen²⁾. Das KG hat einmal versucht, diese Erkenntnis in Wirklichkeit umzusetzen. Seine Entscheidung blieb aber ohne Resonanz³⁾. Krawielicki weist in seiner ausführlichen, vor allem geschichtlich orientierten Untersuchung darauf hin, daß das BGB als Abschluß einer langen geschichtlichen Entwicklung den TV "freier gestellt" habe und ihm ein selbstständiges Verwaltungs- und Verfügungsrecht einräumen wollte⁴⁾. Dennoch - so fährt er fort - sei der TV nur Verwalter fremden Gutes. Deshalb müsse für seine Rechtsstellung der Gedanke der zweckgebundenen Verfügungsmacht maßgebend sein. Diese Auffassung wird von § 2207 nicht ge-

1) Darauf weist auch Lange, ErbR S.206 = § 29 2a, hin. Die Nähe des TV zum befreiten VE hat bereits die 2.Komm. in Prot.V S.282 betont.

2) Lange a.a.O.

3) KGJ 27 A S.192 ff.; auf diese Entscheidung geht nur Krawielicki in GruchBeitr. 71 S.135, ein.

4) GruchBeitr.71 S.122; so ebenfalls Prot.V S.279 ff.

deckt. In § 2207 Satz 1 wird der TV von allen Beschränkungen bei der Eingehung von Verbindlichkeiten befreit. Einzige Ausnahme ist nach Satz 2 die Verpflichtung zu einem Schenkungsversprechen. Der Verweis auf § 2205 Satz 3 zeigt schließlich, daß das Gesetz den TV in § 2205 Satz 2 wirklich nur auf unentgeltliche Verfügungen beschränken wollte. Krawielicki bleibt jedoch auch den Nachweis schuldig, warum der Gedanke der "zweckgebundenen Verfügungsmacht" maßgeblich sein soll.

Man bedenke schließlich folgendes eigenartiges Ergebnis: Die unentgeltliche Verfügung erfolgt zur Erfüllung eines Grundgeschäftes. Wenn nun ein TV einen Kaufvertrag über ein Grundstück abschließt, die Erfüllung dieses Vertrages, die Verfügung über das Grundstück, aber nicht im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung liegt, dann folgt auf ein entgeltliches Grundgeschäft eine "unentgeltliche" Verfügung.

4. Wenn man diese Folgerungen überblickt, so kann man ohne Übertreibung behaupten: Die Auslegung des Begriffes der Unentgeltlichkeit im Erbrecht ist nicht nur praeter legem, sondern contra legem. Dennoch ist die fast einhellige Auffassung mit der Rechtsprechung hoch zufrieden. Bleibt die Frage: warum?.

Es hat den Anschein, als ob die Rechtsprechung ein Rechtsprinzip entdeckt habe, das dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entspricht. Solche Prinzipien werden z.B. am exemplarischen Fall erkannt und setzen sich im allgemeinen Rechtsbewußtsein durch¹⁾.

" Der Nachweis ihrer Geltung geschieht dann meist so, daß einmal ihre überzeugende Kraft, etwa auf Grund der 'Natur der Sache', ihres sozialetischen Gehalts oder ihrer Beziehung auf die Rechtsidee dargetan und zum anderen gezeigt wird, daß ihnen das positive Recht nicht entgegensteht, oft auch, daß sich die Rechtsprechung obzwar unbewußt, des längeren schon nach ihnen gerichtet hat, ..." .

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.460 f.

So schreibt Larenz¹⁾: Rechtsprinzipien sind aber nur dann "Prinzipien", wenn sie einen spezifisch rechtlichen Gedankengehalt offenbaren, der "fähig ist, in verschiedene Normierungszusammenhänge einzugehen"²⁾.

Versucht man einmal die Entwicklung der Rechtsprechung in einen allgemeinen Leitsatz umzuformen, so müßte dieser lauten: Verfügungen, die nicht im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung des VE (TV) liegen, sind unwirksam.

Wollte man darin ein Rechtsprinzip sehen, so müßte der Satz allgemeiner lauten:

"Fremdes Vermögen muß vor Verfügungen des dinglich Verfügungsberechtigten Nichteigentümers geschützt werden".

Diesen Gedanken berührt Krawielicki; er behauptet ja, für den TV als Verwalter fremden Gutes müsse der Gedanke der zweckgebundenen Verfügungsmacht maßgebend sein. In dieser Allgemeinheit scheint mir ein solcher Satz als recht problematisch. In anderen Fällen der Verwaltung fremden Vermögens hat man eine solche Gleichstellung bisher unterlassen. So wird sie weder in § 1425 Abs.1 Satz 1 noch in § 1641 S.1 oder in § 1804 auch nur diskutiert³⁾. Der Grund dafür ist wohl folgender: Einmal beschränken sich diese Paragraphen ausdrücklich auf die Erwähnung von Schenkungen. Das allein dürfte aber für besorgte Richter noch kein Hinderungsgrund sein. Zum anderen aber ist das Vermögen des Kindes über die Genehmigungspflicht des Vormundschaftsgerichtes vor größeren Nachteilen geschützt, so daß insoweit kein Schutzbedürfnis zu bestehen scheint. Das gilt aber nicht für den Ehegatten, der das Gesamtgut verwaltet, § 1425 Abs.1 S.1; also müßte man hier mit dem Gedanken spielen, den Maßstab ordnungsgemäßer Verwaltung einzuführen. Das ist bisher nicht geschehen.

Im Erbrecht fand man die Schutzlosigkeit des Nacherben bzw. Erben offenbar als so gravierend, daß man über den

1) a.a.O. S.460 f.

2) Larenz a.a.O. S.469 f.

3) Vgl. daraufhin alle (!) Kommentare oder Lehrbücher.

Maßstab ordnungsgemäßer Verwaltung gewissermaßen das Vormundschaftsgericht, bzw. das Nachlaßgericht wieder in das Gesetz eingebaut hat. Ich halte das für bedenklich; trotz der seit langem gefestigten Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung beruft sich mit schöner Gleichmäßigkeit auf die Schutzwürdigkeit des Nachlasses. Erste Anklänge dafür finden sich schon im 75. Band des RG¹⁾. Damals war noch das Bedürfnis vorhanden, daß auch der Geschäftsverkehr Schutz verdiene:

"Das Gesetz will den berechtigten Verkehrsinteressen Schutz gewähren, aber schutzwürdig sind nicht nur die Interessen des Dritten, sondern auch die des Vertretenen".

Im 81. Band sind die Akzente bereits deutlich verschoben. Nun ist nur noch der Nachlaß schutzwürdig²⁾:

"Es würde u.U. zur schwersten Benachteiligung der Nacherben und damit zur Vereitelung des Gesetzeszweckes führen, wenn dem rein subjektiven, sei es auch gutgläubigen Ermessen des Vorerben anheimgestellt bliebe, über die Angemessenheit des Wertverhältnisses zu befinden".

Und dieser Schutzgedanke wurde noch einmal von dem BGH aufgegriffen mit den Worten:

"... der Schutzbedürftigkeit des Verkehrs steht die Schutzbedürftigkeit des von der Verfügungsmacht ausgeschlossenen Rechtsträgers gegenüber, und diesen Schutz bezweckt die genannte Bestimmung in erster Linie; im Hinblick darauf, daß eine vollkommene Berücksichtigung der beiden einander widerstrebenden Interessen nicht möglich ist, erscheint es angebracht, die bisherige Grenzziehung beizubehalten" (3).

Aus der gesetzlichen Regelung im Erbrecht läßt sich die Erkenntnis, daß es in erster Linie auf den Schutz des Nacherben ankomme, nicht gewinnen. Um ein Rechtsprinzip kann es sich auch nicht handeln, weil die gesetzliche,

1) RGZ 75 S.301

2) RGZ 81 S.364 ff.

3) RGZ 125 S.246; BGH NJW 1963 S.1614; vgl. noch Krawielicki, GruchBeitr. 71 S.114

feingeregelte Abstufung, sich mit einem so groben Raster nicht vereinbaren läßt.

Zudem steht es in Widerspruch mit der sonstigen Rechtsordnung, daß das Prinzip des Verkehrsschutzes so völlig in den Hintergrund gerückt wird. Das wird zu Recht von Lange kritisiert¹⁾. Die völlige Vernachlässigung eines solchen wichtigen Rechtsprinzips bedürfte besserer Gründe als den Hinweis auf die Tatsache, daß der TV (VE) den Nachlaß ordnungsgemäß zu verwalten habe. Die Möglichkeit, ein Erbe schlampig zu verwalten, kann noch kein Grund sein, die Folgen dieser schlampigen Verwaltung ganz einseitig dem Geschäftsverkehr aufzubürden. Ich halte das für einen übertriebenen Schutz der individuellen Rechtssphäre zugunsten der Sicherheit des Geschäftsverkehrs. Schließlich hat ja der Erblasser mit der Anordnung der Vorerbschaft und mit der Einsetzung eines TV die Möglichkeit eines solchen Mißbrauches selbst eröffnet. Freilich müssen diesem Mißbrauch gewisse Schranken gesetzt werden. Der Begriff der Unentgeltlichkeit in den §§ 2113 Abs.2 und 2205 Satz 3 ist aber nicht der geeignete Ansatzpunkt zur Lösung dieses Problems.

5. Gewiß, schutzbedürftig ist der Nachlaß. Die Schwierigkeit besteht nur darin, eine geeignete Abgrenzung zu dem ebenfalls notwendigen Verkehrsschutz zu treffen. Der übertriebene Schutz des Nachlasses geht erheblich weiter, als der Schutz, den man sonst dem Vermögen angedeihen läßt, das von einem Vertreter gefährdet wird oder werden kann. Die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze zum Mißbrauch der Vertretungsmacht wären aber an sich der Ansatzpunkt, der sich zur Lösung der Frage anbietet.

Zwar ist es für den TV recht umstritten, ob er Vertreter²⁾ oder Partei kraft Amtes ist³⁾. Aber auch der Teil der Lehre,

1) ErbR S.238 Anm.2-4

2) Dazu Larenz, AT S.532 = § 36 I

3) So die Auffassung von Lange, ErbR S.291 ff. = § 29 III, der sich sehr intensiv mit der Frage auseinandersetzt. Für die Vertretertheorie spricht, daß der TV über das Erbe verfügt, das Erbe verpflichtet, nicht sich selbst (so Larenz a.a.O.).

der den TV nicht als Vertreter, sondern als Partei kraft Amtes ansieht, wendet zum großen Teil die Grundsätze des Vertretungsrechts auf ihn an. Dann liegt es auf der Hand, für den Mißbrauch der Vertretungsmacht den - bereits entwickelten - allgemeinen Grundsatz anzuwenden, "daß die Vertretungsmacht dann entfällt, wenn der Vertreter mit Wissen des Geschäftsgegners seine Vertretungsmacht zum Nachteil des Vertretenen bewußt mißbraucht"¹⁾. Dem setzt die h.L. dem Fall gleich, daß der Geschäftsgegner den Mißbrauch der Vertretungsmacht kennen muß²⁾. Geht man einmal von diesem Gesichtspunkt aus, so lassen sich alle bisher entschiedenen Fälle, die sich auf den TV bezogen, befriedigend regeln:

So die Entscheidung des RG im 75.Band³⁾. Zwar konnte man damals die Kenntnis des Geschäftsgegners von der mißbräuchlichen Verfügung nicht nachweisen; die Umstände sprachen aber eindeutig für einen solchen Mißbrauch. Drei Testamentsvollstrecker verpfändeten eine Hypothek gegen ein Darlehen des belasteten Grundstückseigentümers. Dieser überwies die Gelder auf das Firmenkonto von einem der drei Testamentsvollstrecker, der zugleich Miterbe war. Danach erklärten alle drei Testamentsvollstrecker, sie hätten den Wert der Hypothek durch Zahlung an die Firma erhalten. Das RG hat damals die Lösung ebenfalls bei den gesetzlichen Vorschriften über die Vertretungsmacht gesucht⁴⁾.

Ähnlich liegt es in dem Urteil im 83.Band⁵⁾. Auch hier waren es Vertretungsgrundsätze, die das Urteil bestimmten: Die Anordnung der Testamentsvollstreckung sollte nur bis

1) Larenz, AT S.543 = § 36 II

2) Dagegen wendet sich Larenz a.a.O., der sich noch auf Flume, Das Rechtsgeschäft S.789 = § 45 II 3. bezieht. Da es sich hier um die Frage handelt, ob der weg über den Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung nötig war, muß von der h.L. ausgegangen werden, die diesen Maßstab geprägt hat.

3) Vgl. Anm.

4) RGZ 75 S.301

5) RGZ 83 S.348 ff.

zum Tode der Vorerbin gelten. Zum Zeitpunkt der Verfügung des TV war die Vorerbin bereits gestorben. Das RG hielt der betroffenen Bank vor, sie hätte "auffällige Umstände" nicht berücksichtigt.

Dieser wiederholte Bezug auf die Vorschriften über die Vertretung entspricht der Natur der Sache. Rechtsprechung und Lehre sollten daraus die Konsequenzen ziehen und von einer weiteren Ausdehnung des Begriffs der Unentgeltlichkeit absehen. Diese "Beschränkung" hat jedoch einen "Nachteil", der wohl die Rechtsprechung bisher gehindert hat, sich ausschließlich auf Vertretungsgrundsätze zu berufen. Da man Vertretungs- und Verfügungsmacht trennen muß, kann man auf diesem Weg nicht zu einer Unwirksamkeit der Verfügungen kommen. Ordnungswidrige Geschäfte sind dann zwar schuldrechtlich unwirksam, bleiben aber dinglich bestehen. Es kommt also "lediglich" zu einem schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch nach § 812. Dieses Ergebnis ist für den Erben oder Nacherben gefährlicher; daran besteht kein Zweifel. M.E. entspricht diese Risikoverteilung aber eher einer gerechten Abwägung des Verkehrsschutzes auf der einen Seite und des Schutzes der Erbschaft auf der anderen.

Der VE dagegen ist kein Stellvertreter. Eine unmittelbare Anwendung des Mißbrauchsgrundsatzes verbietet sich daher. Der VE handelt jedoch "als Vorerbe"; also auch für den Nacherben. Das ist eine Position in der er, dem Geschäftsverkehr erkennbar, auch für ein anderes Vermögen handelt. Die Stellung des befreiten VE ähnelt in ihrer sonstigen Ausgestaltung in vielem der des TV. Es ist deshalb interessengerecht, beide insoweit gleich zu behandeln. Ich halte es deshalb für gerechtfertigt, die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht entsprechend beim VE anzuwenden¹⁾.

Mustert man die Urteile durch, die sich bisher mit den Verfügungen des befreiten VE abgeben mußten; so zeigt sich, daß dieser Maßstab bisher durchweg zu gerechten Entscheidun-

1) Das will anscheinend auch Lange. Erbrecht, S.238

gen geführt hätte. Das RG untersucht allerdings den Sachverhalt nicht genau genug auf die Anwendung dieser Grundsätze, so daß sich eine endgültige Entscheidung nicht immer treffen läßt.

In einem Teil der Fälle jedoch gab der befreite VE einem Dritten eine Sicherheit durch besondere Belastungen eines Grundstückes, das zur Nachlaßmasse gehörte¹⁾. Diese Sicherheit diente dem Schutz einer Schuld eines einzelnen Nacherben, bzw. des (zweiten) Ehemannes einer befreiten VE²⁾.

In einer Entscheidung im 148. Band wußte die Bank - im Gegensatz zu den zustimmenden Nacherben -, daß die Sicherungshypothek in Wirklichkeit nicht wegen der Forderungen gegen die VE eingetragen wurde. Der wahre Grund war eine Absicherung von Schulden des Ehemannes der befreiten VE. Ganz ähnlich das Urteil im 125. Band: Die befreite VE hatte sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen wegen Schulden, die die Klägerin gegen einen der Nacherben geltend machte. Nach der Unterwerfung gab die Klägerin die Ansprüche gegen den Nacherben auf³⁾. In dieselbe Richtung geht schließlich der Fall im 159. Band⁴⁾. Die befreite VE räumte einem Geldgeber eine Hypothek ein für ein Darlehen, das dieser einem der Nacherben auszahlte. Die VE erklärte daraufhin vor dem Notar, sie selbst habe das Darlehen empfangen und bewillige dafür die Hypothek.

In zwei anderen Entscheidungen übertrug die befreite VE ein Grundstück. Als Gegenleistung wurde ihr selbst ein Wohn- und Unterhaltsrecht eingeräumt⁵⁾, bzw. noch eine Abfindung an einem weiteren Nacherben ausbedungen⁶⁾. Im ersten Fall sollte das Entgelt für die Überlassung des Grundbesitzes von der 75-jährigen Mutter auf die Tochter (die auch Nacherbin war) zu einem großen Teil darin bestehen,

1) So in RGZ 125 S.242 ff.; 148 S.385 ff.; 159 S.385 ff.

2) RGZ 148 S.385 ff.

3) RGZ 125 S.242 ff.

4) RGZ 159 S.385 ff.

5) RG DR 1945 S.57

6) BGHZ 7 S.274 ff.

daß die Tochter die Mutter unterhalten hat. In dem Vertrag, geschlossen 1935, wurde eine Anrechnung der Unterhaltsleistungen rückwirkend bis 1923 vereinbart. Die Vermutung liegt immerhin nahe, daß die Tochter durch die Unterhaltsleistung nur ihre gesetzliche Pflicht erfüllte, § 1601. Das RG unterläßt aber die Untersuchung dieser Frage. Ebenfalls unterbleibt die Prüfung, ob es sich, schon wegen der besonderen Natur der nahen verwandtschaftlichen Beziehungen in Wirklichkeit um eine verdeckte Schenkung gehandelt habe.

Man kann also abschließend festhalten: Der Maßstab der ordnungsgemäßen Verwaltung ist als Kriterium für die Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer Verfügung ohne Bedeutung.

Andre Abweichungen zum Begriff der Unentgeltlichkeit werden im Erbrecht nicht diskutiert. Es gäbe für sie auch keine brauchbaren dogmatischen Ansatzpunkte.

Damit zeigt sich, daß es auch im Erbrecht keinerlei überzeugende Abweichungen von dem im Schuldrecht erarbeiteten Begriff der Unentgeltlichkeit gibt.

V. Der Begriff der Zuwendung im Erbrecht

1. In aller Regel wird im Erbrecht der Begriff der Zuwendung nur im Zusammenhang mit Erwerb im Erbgang verwendet, also jedenfalls nicht im Zusammenhang mit entgeltlichem Erwerb. Es gibt davon nur Ausnahmen, und zwar die §§ 2050-2057 und 2316. Dort regelt der Gesetzgeber den Ausgleich von Zuwendungen, ohne das schmückende Adjektiv "unentgeltlich" zu benutzen. Liebisch stützt sich vornehmlich auf diese Stelle zur Rechtfertigung seiner Lehre, daß es entgeltliche und unentgeltliche Zuwendungen gebe¹⁾. Zur Bekräftigung seiner Ansicht beruft er sich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts im 73. Band. Dort heißt es:

1) Zuwendung, 2.1 ff.

"Nach dem Gesetze können darunter, wie sich u.a. aus den Eingangsworten des § 2050 Abs.3 (andere Zuwendungen) ergibt, auch solche Leistungen verstanden werden, durch die einer gesetzlichen Pflicht genügt wird (§§ 2050 Abs.1, 1620; §§ 2050 Abs.2, 1601, 1610 Abs.2 BGB). Der Ausdruck erstreckt sich nicht minder auf Fälle, in denen dem Empfänger ein Vermögensvorteil ohne eigenes mitwirkendes Handeln erwachsen ist (§ 516 Abs.2); und daß es sich selbst im Falle einer Entgeltlichkeit der Leistung um eine Zuwendung handeln kann, ergibt sich nicht nur aus § 516 Abs.1, sondern auch daraus, daß man es bei der gesetzlichen Regelung der Ausgleichungspflicht mit Absicht vermieden hat, diese Verpflichtung auf die 'unentgeltlichen Zuwendungen' einzuschränken" (1) .

Diese Haltung des Reichsgerichts wird von einem überwiegenden Teil der Lehre vorbehaltlos akzeptiert²⁾. Nur ganz vereinzelt werden Bedenken gegen diese weite Auslegung geltend gemacht. So äußern Palandt-Keidel Zweifel an der Einbeziehung von Leistungen, die in Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht erfolgen³⁾.

Dieselbe Haltung prägt die Ansicht der herrschenden Lehre auch bei der Auslegung des § 2050 Abs.1. Dort ist die Ausgleichungspflicht von Ausstattungen festgehalten, wobei der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Ausstattung auch den Begriff der Zuwendung verwendet. Die herrschende Lehre hat auch die Aussteuer als Ausstattung im Sinne des § 2050 Abs.1 angesehen, solange noch die Pflicht der Eltern bestand, der Tochter eine Aussteuer zu gewähren⁴⁾. Die Gewährung der Aussteuer erfolgte also in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht und war damit jedenfalls keine unentgeltliche Leistung.

2. Gegen diese Deutung des § 2050 müssen verschiedene Bedenken

1) RGZ 73 S.372 (377)

2) Liebisch, Zuwendungen, S.2 ff.; RGRK-Krekel, § 2050 Anm.14; Soergel-Ehard-Eder, Anm.6; Staudinger-Lehmann, Anm.13

3) Palandt-Keidel, 30

4) Liebisch a.a.O.; Palandt-Keidel, 3a; Planck, Anm.2a; Soergel-Ehard-Eder, Anm.2; Staudinger-Lehmann, Anm.14

geltend gemacht werden: Das Gesetz verwendet den Begriff der Ausstattung in einem technischen Sinn. In § 1624 ist ausdrücklich definiert, was der Gesetzgeber unter "Ausstattung" versteht. Die Aussteuer war als eigenes Rechtsinstitut in den §§ 1621-1623 geregelt. Dem könnte man allerdings entgegenhalten, daß sowohl in den Motiven, wie auch in den Protokollen der Begriff Ausstattung unterschiedslos einmal für die Aussteuer als gesetzliche Pflicht der Eltern und zum anderen für die Ausstattung als freiwillige Leistung verwendet wird¹⁾. Diesem unterschiedslosen Gebrauch steht allerdings die einstimmige Meinung der 2.Kommission gegenüber, die unter der Ausstattung ausschließlich die Ausstattung im technischen Sinn des § 1519 E II (= § 1624 BGB) verstanden wissen wollte²⁾. Schließlich ist auch auffällig, daß das Gesetz in den früheren §§ 1621-1623 den Begriff der Zuwendung nie verwendet hat. Erst § 1624, der keine gesetzliche Pflicht enthält, nimmt den Begriff der Zuwendung wieder auf.

Wichtiger als dieser historische Rückblick ist aber die Tatsache, daß es über der Gleichstellung von Aussteuer und Ausstattung in § 2050 Abs.1 zu einer ungleichen Behandlung von Gleichsinnigem³⁾ käme, wenn man Abs.1 mit Abs.2 vergleicht. Absatz 2 verbietet die Ausgleichung von Zuschüssen, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf des Kindes, soweit sie sich im Rahmen der Vermögensverhältnisse des Erblassers bewegt haben. Als dieses Gesetz geschaffen wurde, waren damit fast ausschließlich die Söhne einer Familie angesprochen, da ja eine Berufsausbildung der Töchter noch nicht üblich war. Die Aussteuer wurde aber gerade deshalb als elterliche Pflicht normiert, um den Töchtern insoweit grundsätzlich einen Ausgleich zu geben. Der Vorstellung des Gesetzes entsprechend wollen die Aussteuer auf der einen Seite und die

1) Prot. IV S.317 ff.

2) Mot. V S.890

3) Dazu Larenz, Methodenlehre, S.316 f.

Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf denselben Sachverhalt erfassen. Würde man aber jetzt die Aussteuer als ausgleichspflichtig nach § 2050 Abs.1 ansehen, so wäre der Zweck der gesetzlichen Regelung vereitelt. Die Aussteuer ist also nicht ausgleichspflichtig im Sinne von § 2050 Abs.1 .

Ebensowenig erscheint es gerechtfertigt, Leistungen, die in Erfüllung der Unterhaltspflicht erbracht werden, als ausgleichspflichtig anzusehen. Geht man einmal vom Wortlaut aus, so fällt auf, daß das Gesetz bei Regelung der Unterhaltspflicht nirgendwo den Begriff der Zuwendung gebraucht. Die Einbeziehung von Leistungen in Erfüllung der Unterhaltspflicht in den § 2050 Abs.3 würde außerdem dem Erblasser die Möglichkeit geben, seine Kinder auf "kaltem Wege" zu enterben; denn der Erblasser könnte ja anscheinend beliebig bestimmen, ob eine solche Leistung ausgleichspflichtig ist oder nicht. Das Reichsgericht jedenfalls hat keine näheren Anhaltspunkte dafür mitgeteilt, wonach man die Möglichkeit des Erblassers, die Ausgleichspflicht anzuordnen, beschränken könnte.

Zur Unterstützung seiner Ansicht, daß auch entgeltliche Zuwendungen unter § 2050 Abs.3 fallen können, zitiert das Reichsgericht die Motive¹⁾. In der Tat hat man es im ersten Entwurf absichtlich vermieden, von unentgeltlichen Zuwendungen zu sprechen. Diese Skepsis bei dem Begriff der Unentgeltlichkeit hat die 2.Kommission in keiner Weise geteilt²⁾. Die Berufung des Reichsgerichtes auf die Motive ist also in diesem Fall in keiner Weise berechtigt.

3. Schließlich zeigen die Bemerkungen des Schrifttums zu § 2050 Abs.3, daß es ausschließlich unentgeltliche Geschäfte als ausgleichspflichtig ansieht. So soll in einer entgeltlichen Leistung eine Zuwendung liegen, wenn die Ge-

1) RGZ 73 S.377 zit. Mot.V S.704

2) Vgl. nur den verschwenderischen Umgang mit dem Begriff der Unentgeltlichkeit; im übrigen S.4 Anm. 14-19

genleistung bei dem Kauf- oder Mietvertrag absichtlich zu gering bemessen wäre¹⁾, oder der Zinsfuß bei einem Darlehen zu niedrig angesetzt wäre²⁾. Das alles sind jedenfalls typische gemischte Geschäfte, die wenigstens teilweise unentgeltlich sind. Krekel³⁾ will auch Aufwendungen für die Berufsfortbildung als Zuwendungen im Sinne von Abs. 3 ansehen. Das widerspricht aber der gesetzlichen Regelung, die diese Aufwendungen ausdrücklich in Abs.2 erfaßt hat. Das gilt auch für den Fall, daß sie ein den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechendes Maß überstiegen haben. Man muß deshalb den Bereich der Zuwendungen in den oben angeführten Paragraphen ausschließlich auf unentgeltlichen Zuwendungen beschränken.

1) RGRK-Krekel, Anm.14; Staudinger-Lehmann, Anm.13

2) Vgl. Anm.1 S.175

3) RGRK-Krekel Anm.24

G. Zusammenfassung

I. Zum Begriff der Unentgeltlichkeit

Überraschenderweise hat sich ein ziemlich einheitliches Bild über die Verwendung des Begriffes der Unentgeltlichkeit im BGB und im Anfechtungsrecht herauskristallisiert. Alle Abweichungen von dem im Schuldrecht gewonnenen Begriff, die als systemnotwendig hingestellt wurden, zeigten sich bei genauer Prüfung als systemwidrig und überflüssig. Unentgeltlichkeit und Entgeltlichkeit stellen sich deshalb im gesamten Recht genauso dar, wie sie bereits im Schuldrecht abgegrenzt wurden¹⁾. Im Sachenrecht, Familienrecht und im Erbrecht gilt dieselbe Abgrenzung. - Also:

1. Das Begriffspaar entgeltlich-unentgeltlich findet Anwendung nur auf potentielle Austauschgeschäfte unter Lebenden, soweit es sich um Grundgeschäfte handelt.
2. Unentgeltlich sind nur solche Verträge, bei denen der Leistung keine rechtlich verbundene Gegenleistung gegenübersteht. Ein solches rechtliches Band stellen gegenseitige, konditionale und causale Abhängigkeit der Gegenleistung dar.
3. Leistung und Gegenleistung müssen einander (subjektiv) äquivalent sein, d.h. jeder muß seine Leistung als Äquivalent der Gegenleistung ansehen; andernfalls liegt jedenfalls kein voll entgeltliches Geschäft vor.
4. Subjektiv ist die Einigung über die Unentgeltlichkeit nötig, sowie der Wille zur Bereicherung.
5. Ergänzend muß noch nachgetragen werden, daß die Begriffe unentgeltlich und rechtsgrundlos nicht synonym verwendet werden. Rechtsgrundlose Geschäfte und unentgeltliche Geschäfte folgen verschiedenen Regeln, weil verschiedene Interessenlagen vorliegen.

1) Blomeyer, SchR S.5; Haymann, Schenkung, S.11; ders. in Grenzziehung, JherJb 56 S.86; Larenz, SchR I S.7 = § 2 I; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.46 ff.

II. Zuwendung - Verfügung - Leistung

1. Der Begriff der "Zuwendung" wird im Gesetz nie im Zusammenhang mit entgeltlichen Geschäften verwendet. Das Gesetz nimmt ihn auf nur in Verbindung mit unentgeltlichen Geschäften oder erbrechtlichem Erwerb. Damit ist die Verbindung der Gesetzessprache mit dem üblichen Sprachgebrauch hergestellt. Die teilweise notwendige einseitige Betrachtungsweise der Leistungsbeziehungen in einem Austauschgeschäft ermöglicht es, auch in diesen Fällen von einer Zuwendung, einer Vermögensbereicherung zu sprechen. Man muß sich aber darüber klar sein, daß diese Einordnung bei einer Gesamtbetrachtung eines Austauschgeschäftes ausscheiden muß.
2. Unter unentgeltlichen Verfügungen sind nur Verfügungen auf Grund unentgeltlichen Grundgeschäftes zu verstehen. Unter Verfügungen fallen nur solche Rechtsgeschäfte, die die Rechtszuständigkeit ändern.
3. Wo das BGB weder von Zuwendung noch von Verfügung spricht, dort legt es den allgemeinen Leistungsbegriff zugrunde. Danach kann Leistung sein: Jedes Verhalten, soweit es auf die Befriedigung fremder Bedürfnisse gerichtet ist. Der Begriff der Leistung ist "ebenso mannigfaltig und unbegrenzt, wie das Gebiet menschlicher Bedürfnisse überhaupt"¹⁾. Den Begriff der Leistung näher zu definieren, erscheint als aussichtsloses Unterfangen²⁾. Teilweise hat man den Versuch unternommen, nur Vermögenswerte als Gegenstand einer Leistung gelten zu lassen³⁾. Diese Meinung widerspricht aber § 241. Danach kann jedes Verhalten eines Schuldners Leistung sein; ob es vermögenswert ist oder nicht, das war

1) So die Formulierung von Haymann a.a.O.

2) Ebenso Liebisch, Zuwendungen, S.24

3) Brinz, Pandekten I S.361; Cosack, Bürgerliches Recht I S.52, er widerspricht sich aber auf S.572; ders. Anfr S.317 f.; Dernburg, Pandekten II S.5; Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts (1906) S.3 f.; anscheinend auch Siber, JherJb 70 S.232 und 262: Leistung sei jede gewollte Vermögensbewegung.

dem Gesetzgeber gleichgültig.

Ob eine Leistung entgeltlich oder unentgeltlich ist, läßt sich nicht durch isolierte Betrachtung beantworten, sondern nur durch die Einbeziehung der Leistung in das Gesamtgefüge des Rechtsverhältnisses. Das Gesetz hat verschiedentlich unentgeltliche Leistungen nominiert. So ist die Leihe die unentgeltliche Gebrauchüberlassung einer Sache, das zinslose Darlehen die unentgeltliche Einräumung der Möglichkeit, fremdes Geld zu eigenem Nutzen arbeiten zu lassen und der Auftrag die unentgeltliche Verrichtung einer bestimmten Tätigkeit. Bei allen diesen Geschäften besteht die Leistung bereits in der Übergabe der Sache, in der Übergabe des Geldes, in der Verrichtung der Tätigkeit, nicht erst in dem Verzicht auf den Mietzins, den Darlehenszins oder die Bezahlung. Gesetzlich geregelt ist auch noch die unentgeltliche Verwahrung sowie, in § 988, die unentgeltliche Einräumung des Besitzes. Neben diesen gesetzlich geregelten Fällen unentgeltlicher Leistungen steht die breite Skala all der Verkehrsgeschäfte, die im Gegensatz nicht geregelt sind. Soweit sie als entgeltliche Geschäfte möglich sind, sind sie auch als unentgeltliche Geschäfte denkbar.

III. Schlußbemerkung

Dieses überraschend einheitliche Bild, das für die Verwendung des Begriffes der Unentgeltlichkeit gezeichnet wurde, darf doch nicht den Blick dafür trüben, daß Übergänge und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften vorhanden sind. Das hat sich gezeigt bei der Auflage und ist deutlich geworden bei den nachträglichen Vergütungen, bzw. bei Leistungen, die zur Erfüllung "sittlicher Pflichten" erbracht werden.

1) Larenz a.a.O. (Anm. 1 S. 194), sowie die ganz h.L.; vgl. Palandt-Heinrichs, § 241 Anm. 3 ff.; Staudinger-Weber, Einl. H 1 - H 4 vor § 241; im 19. Jahrh. wurde diese Auffassung bereits vertreten von Windscheid-Kipp, Pandekten II S. 2 f. (vgl. dort die weiteren Verweisungen).

Nachdem aber eine Reihe künstlicher Probleme aus dem Weg geräumt wurden, lassen sich diese Schwierigkeiten vielleicht besser in den Griff bekommen als vorher.

Lebenslauf

Geboren bin ich am 16.6.1942 in München, als drittes Kind des Prof.Dr.med. Eduard Beck und seiner Frau Gertrud, geb. Hahn. Seitdem wohne ich in Pullach.

Dort besuchte ich von 1948 bis 1952 die Volksschule; anschließend in München das Albert-Einstein Gymnasium, wo ich 1963 das Abitur ablegte.

Im November 1963 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität München, das ich im August 1968 mit dem Staatsexamen abschloß. Die anschließende Referendarausbildung in und um München beendete ich im August 1972 mit dem zweiten Staatsexamen. Beide Examina bestand ich mit der Note vollbefriedigend.

Seit Anfang Oktober 1972 betätige ich mich als Rechtsanwalt.

